نموذج ترخيص

أنا الطالب : عيسى محمد عيسى العلاوي أمنح الجامعة الأردنية و/ أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و / أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية
في ظل أحكام القانون المدني الأردني

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: عيسى العلاوي

التوقيع:

التاريخ: ٢٠١٤/١/٨

أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية
- في ظل أحكام القانون المدني الأردني-

إعداد

عيسى محمد عيسى العماوي

المشرف

الدكتور أحمد علي العويدي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون الثاني، 2014

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة بعنوان (أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية – في ظل أحكام القانون المدني الأردني–).

وأجيزت بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٢٣.

الدكتور أحمد علي العويدي.................................مشرفاً (رئيساً)...................
أستاذ مشارك/ قانون مدني.

الدكتور عوض أحمد الزعبي.. عضـــواً.........................
أستاذ مشارك/ قانون أصول مدنية.

الدكتور أشرف أسماعيل العدوان.................................. عضـــواً.........................
أستاذ مساعد/ قانون مدني.

الدكتور أنيس منصور المنصور............................ عضـــواً (خارجي)...................
أستاذ مشارك/ قانون أصول محاكمات مدنية وبينات/جامعة العلوم الإسلامية.

الإهداء

إلى من نقشا فيَّ معنى العطاء ببذلهما وسهرا تعبا في سبيل راحتي،

والديَّ الكريمان اطال الله في اعمارهما وحفظ لهما الصحة والقوة

وإلى تلك العائلة التي لا اتصل بها بصلة قرابة فعلية .. إنما حبها في النفس أغلى مما جمعت الانساب، إلى عائلة عرفت معها سبيل الجد والعلم،

أسرتي في شبكة قانوني الأردن (LawJO)، تلك الأسرة التي وضعت القانون والرقي بالمهنة القانونية سبيلا امامها فاتخذته شعارا وبه مضت

إلى من أحب معنى الابداع وسار خلفه، ونبذ كل خوف مما هو جديد فصنع للأمة ما لا تملك،

إليكم صناع الغد،

إليكم اصدقائي،

شكر وتقدير

لعل قوام الأمور ومنظورها يقاس في عالمنا المتسارع هذا بالظواهر فقط، والحقيقة أن هذه الرسالة بما فيها من ظاهرٍ -أرجوا الله أن يكون قد وفق فيما أريد له منذ البداية-. لم يكن ليؤول إلى هذه الحال لولا جهود غمرتني بكرم ولطف صنيعها وإياي.

أستاذي الفاضل ومعلمي الأكرم الذي منحني ثقة المضي قدما ولم يألُ جهدا في سبيل إتمام هذه الرسالة بالصورة التي انتهت إليها، رغم ما أثقلت عليه به من استعجال مرده تقصيري، أستاذي **الدكتور أحمد العويدي** لك مني كل الإحترام والتقدير.

المعلم الأكرم الذي وآكب خطواتي الاولى في اختيار الموضوع الى أن نهض بي بعلمه، **الدكتور عبد الناصر الهياجنة** من له بقلبي سعة من الشوق لا توصف. اعادك الله سالما.

زميلي وصديق دربي **حسام أبوحامدة**الذي لم يتوانَ يوما عن تقديم يد العون لي في ثنايات المكتبة باحثا معي، هناك حيث تقبع أمهات الكتب التي لم تمسس بعضها منذ سنوات. والآخر الرائع **إحسان مدبوح**ذاك العنبر الذي فاح علي بفيض معنوياته التي عززت فيَّ معنى المثابرةمسهلا أمامي كل عقبة وماضياً دوما فيما ينفعني.

أخوتي ورفقاء دربي: **مصعب القطاونة** و**أحمد أبوزنط** و**يوسف مومني** و**خالد موسى** ممن ثُقلت عليهم مراراً بما هو في ذمتي من أعمال وأشغال قانونية مانحين إياي وقتهم الكريم في سبيل إتمام هذه العمل.

ولا أنسى من لهم من الفضل لو قوبل بماء البحر لجف، أختم بهم معبرا عن عظيم شكري، **والدتي العزيزة** و **والدي العظيم**.

جميعهم لهم مني كل امتنان وشكر...

قائمة المحتويات

أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية

- في ظل أحكام القانون المدني الأردني -

إعداد

عيسى محمد العماوي

المشرف

الدكتور أحمد علي العويدي

الملخّص

تُعنى هذه الدراسة بمعالجة حالة قانونية تؤثر في مجملها بمدى العلاقات العقدية -القائمة على وجود عقد صحيح- في بعض الحالات المخصصة ممثلا ذلك بارتباط هذه العلاقة بعنصر غير مألوف أثناء تنفيذ العقد قوامه تنفيذ هذا العقد بطريقة لا تستقيم والتنفيذ الصحيح له وبشكل لا يمكن تصوره من قبل أي شخص عادي؛ حيث تقوم هذه الدراسة على تلك الحالة التي يصحب بها العقد اخلال في التنفيذ، إلا أن هذا الإخلال يتمثل بإخلال جوهري يرقى في قوامه على الإخلال العقدي المتعارف عليه ويذهب بعيدا بما يؤسس لمرحلة غير متوقعة من الخطأ أو الإخلال تحت ما يسمى بالخطأ الجسيم.

وتناقش هذه الدراسة أثر هذا الاخلال الجسيم حين ارتباطه بالعلاقة العقدية فيما بين المتعاقدين ومدى تأثر تلك العلاقة فيما بينهما وما تؤول إليه الطبيعة القانونية الناظمة لتلك العلاقة من حيث انقلابها إلى نوع آخر من المسؤولية وفق درجات أو بالاحرى خلافات فقهية معينة عرضتها هذه الدراسة.

وقد حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء ابتداءً على المفهوم الشامل والمتعدد لمصطلح الخطأ الجسيم، مبينة مركزه القانوني في القانون المدني الأردني والقوانيين المقارنة ومبينة من ثم

مدى تفاعل المجتمعات القانونية المختلفة على مر العصور مع هذه الفكرة القانونية وصولا إلى القانون المدني الأردني.

وفي مرحلة تالية، أتت الدراسة على بيان كيفية إطلاق الحكم على أي اخلال في العقد وإضفاء وصف الجسامة عليه من عدمها. لتنتقل من ثم إلى معالجة الوضع القانوني الذي يصيب العلاقة العقدية الجامعة بين الطرفين حين قيام أحد الاطراف بخرقٍ أو اخلالٍ جسيم للعقد.

وقد خَلُصت الدراسة أخيرا في نتائجها إلى انقلاب المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية منذ لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بها –في حالة رغبة الدائن إعمال هذا الخيار- بما يتيح للدائن المثقل بعبء ما ألم به، الإفادة من هذا الانتقال من خلال اتساع حجم التعويض ليشمل الأضرار المباشرة المتوقعه وغير المتوقعه بعد أن كان التعويض في المسؤولية العقدية لا يشمل سوى تلك الأضرار المباشرة المتوقعة حسبما يقضي القانون المدني الأردني. وتمضِ الدراسة من ثم الى بيان ما يمثله ذاك الانتقال في المسؤولية من آثار –إيجابية او سلبية- كالاستفادة من فكرة إبدال نظام التقادم والإعفاء من الإنذار العدلي والتضامن فيما بين المدينين.

مقدمة

نظم المشرع الأردني في سياق حديثه عن المسؤولية المدنية مجموعة من القواعد القانونية المتعاقبة؛ حيث قسم المشرع في القانون المدني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) [١] هذه المسؤولية بشكل ضمني - وعلى ما هو دارج لدى الشراح - إلى قسمين أساسيين: القسم الأول منهما يدور حول فكرة المسؤولية الناتجة عن الإخلال العقدي وما يترتب عليها من شروط وأحكام تستتبع الحكم بالتعويض. فيما ذهب القسم الثاني من أقسام المسؤولية نحو الأحكام المتعلقة بالإخلال غير العقدي أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية أو كما يعرفها القانون المدني الأردني بالمسؤولية عن الفعل الضار، وموجبات قيامها وما يترتب على ذلك من تعويض. ويجمع بين هاتين المسؤوليتين الراسختين بعض الخطوط الرفيعة التي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إحلال المسؤولية العامة -المسؤولية عن الفعل الضار- محل المسؤولية الخاصة -المسؤولية العقدية- والتي هي بجلها؛ أي عملية احلال المسؤولية، مدار بحثنا.

وبالنظر إلى النصوص القانونية المختلفة التي تحدثت عن ذلك ضمناً -إمكانية انتقال المسؤولية- وما في ذلك من تغير في أسس راسخة تابعة لها كآلية احتساب التعويض ومقداره إلى فكرة الإعفاء من المسؤولية وما إلى ذلك، فسأسلط الضوء على فكرة الخطأ الجسيم ابتداءً، بوصفها فكرة قانونية قلَّ الحديث حولها، وما ذهب إليه مشرعنا الأردني في القانون المدني من ذكر لها، وأتسلسل من ثم وصولا إلى حالة ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية ممثلا ذلك بقيام أحد المتعاقدين بارتكاب مثل هذا الإخلال، وما يؤديه هذا الإرتباط من نتائج خلصت إليه هذه الدراسة.

إن مدار هذا البحث سيكون قاصرا على دراسة الأركان الأساسية للخطأ الجسيم ومدى إمكانية إعمال فكرة انتقال المسؤولية من مسؤولية عقدية إلى مسؤولية تقصيرية بسبب ارتباط هذا الخطأ بها وذلك في إطار القانون المدني الأردني فحسب. وبذلك فإن هذه الدراسة لن تتطرق إلى التعمق في جزئيات قد ترتبط بنواة هذا الموضوع دون أن تتصل به؛ حيث لن يتم الإسهاب في إعادة ما توصل إليه الفقهاء والشراح القانونيون بهذا الشأن، مبتغيا بذلك التركيز على فكرة "انتقال المسؤولية" بشكل أساسي وبما يشكل ثمرة هذه الدراسة وهدفها النهائي.

---

[1] المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥) الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٠٨/٠١م وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور على الصفحة رقم (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦) الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٠٣/١٦م.

Ø أما عن أهمية هذا الموضوع؛

إن اختيار هذا الموضوعكعنوان لهذه الدراسة نابعٌ من الإفتقار التشريعي والقضائي والفقهي الأردني لتخصص وتحليل لمتعلقات هذا الشأن –أثر ارتباط الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية- وما لذلك من أثر كبير على المتخاصمين في أي حالة قانونية يتخذ منها الخطأ الجسيم في مواجهة العقد مركزا.

وإن ما حثني للبحث حول هذه الاشكالية هو القراءة والتحليل ومصادفتي لبعض القضايا العملية بحكم مهنتي، والتي تخلص بالحكم بتعويضات لا تتناسب وحجم الضرر الفعلي بسبب عدم وضوح معالم الخطأ الجسيم وأثر ارتباطه بالعقد تبعا لعدة عوامل أهمها الإفتقار التشريعي في القانون المدني الأردني وعدم وضوح معالم هذه النقطة القانونية إضافه إلى ابتعاد الجهاز القضائي –مع الإحترام والتقدير للعاملين عليه- عن الإعمال المطلق لصلاحيات القاضي المدني.

ولذا تغدو لهذه الدراسة أهمية بالغة في إبراز الخطأ الجسيم كخطأ موضوعي مؤثر في العقد، يفرض وجوده تغير معالم العقد وإثقال الدائن بعبء أرى أن القانون المدني لم ينصف مصاب من وقع به.

Ø وبخصوص هدف هذا البحث؛

إن الخطأ الجسيم في هذا البحث يمثل بؤرة إنطلاق أولى. وإن مساواته بالخطأ العادي يعني نفي صفة العدالة عن نصوص القانون. والأمر الذي لا شك فيه أن الغاية من القانون تنظيمية إحقاقيه. وعليه وباختلاف عامل الضرر في كلتا الحالتين فإن الأمر يفترض اختلاف النتيجة أيضا.

ومن هنا فإن الهدف الأبرز من هذا البحث يتمثل في نفي مساواة نتيجة ارتباط الخطأ العادي بالمسؤولية العقدية مع تلك الناتجة عن ارتباط ذات المسؤولية مع الخطأ الجسيم إعمالا بذلك للحكمة من وجود القانون. ومن ثم فإن الأهداف الفرعية لهذه الدراسة تتمثل –بصورة إجمالية- بما يلي:

- البحث في مدى أخذ المشرع الأردني لمفهوم الخطأ الجسيم.
- تحديد المعيار الذي تقوم عليه فكرة الخطأ الجسيم.
- الوقوف على الأثر التالي لارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية.

- إبراز النقص التشريعي في القانون المدني الأردني المعالج لفكرة الخطأ الجسيم ومحاولة تصحيحه –إن وجد- من خلال اقتراح توصيات على المشرع.

- **أما المشكلة التي يتناولها البحث؛**

فتتمحور في أن ارتكاب الخطأ العادي في المسؤولية العقدية يرتب امكانية المطالبة بالتعويض من قبل الدائن في هذه الحالة، بحيث يكون التعويض هنا بما لا يجاوز الضرر الفعلي المتوقع حين العقد حسبما تنص على ذلك صراحة المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني، كل ذلك فيما لم يحدد الاتفاق أو القانون تعويضا آخر.

والإشكالية الحقيقية تثار حينما يكون الخطأ المرتكب في هذه الحالة خطأً جسيماً. وما لا يتواءم والعدالة هنا يتمثل في أن يترتب على ذلك -حالة إنتهاك العقد بخطأ جسيم- ذات التعويض الذي يترتب في حالة ارتكاب الخطأ العادي البسيط. وعليه فإن إشكالية هذا البحث تتمثل فيما يطرأ على العلاقة العقدية حين ارتباط الخطأ الجسيم بها، ذلك سعياً للتوصل إلى الحالة العادلة للموازنة بين فكرة ارتباط الخطأ العادي بالمسؤولية العقدية وذاك الأثر المترتب على ارتباط الخطأ الجسيم بوصفه أشد ضررا وخطورة على ذات المسؤولية.

- فما هو الخطأ الجسيم ابتداء؟
- وما هو تكييف المسؤولية في حينها؟
- وهل سيبقى النظام القانوني الذي يحكم العقد حينها كما هو أم أنه سينتقل نحو نظام آخر؟ وما هو هذا النظام الجديد في حال انتقال المسؤولية اليه؟
- وهل تتسع نصوص القانون المدني الحالي لاستيعاب ذلك؟

- **وبالنسبة للدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع بشكل من الأشكال؛**

إن الدراسات والأبحاث في هذا المجال شحيحة نسبياً. وان ابرز ما كتب في هذا الشأن لا يعدو كونه مقتطفات صغيره جدا. ولكن يمكن الإشارة في هذا المضمار إلى بحث بعنوان: **"تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية"** للدكتور **نوري خاطر**، ناقش به فكرة الخطأ الجسيم كفكرة مجردة مبينا اختلافها عن بقيه أنواع الخطأ والمفاهيم التي قامت عليه دون أن يبين أثر هذا الخطأ على المسؤولية العقدية. كما أشير إلى رسالة ماجستير مقدمة من الطالب وليد حكم أحمد مهنا، والتي جاءت تحت عنوان: **" تحديد فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية"** والمقدمة لدى جامعة مؤتة في العام ٢٠٠٦. والتي بينت في جلها

اختلاف الخطأ الجسيم عن الأنواع الأخرى من الخطأ ومن ثم تخصيص حيز آخر لإلقاء الضوء على أثر هذا الخطأ على المسؤولية المدنية إجمالا دون تخصيص.

كما أود أن أشير إلى بعض أمهات الكتب التي ساقت بعض الحديث حول جزئيات طفيفة من هذا الموضوع، وعلى رأسها مؤلف الدكتور وحيد الدين سوار في شرحه للقانون المدني تحت عنوان: **شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)**، وكذا الحال في مؤلف الدكتور سليمان مرقس المتعلق بالتقنينات العربية المعالجة للمسؤولية المدنية والذي جاء تحت عنوان: **الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسئولية المدنية - الأحكام العامة**، ومؤلف المستشار أنور طلبة في شرحه المطول للقانون المدني.

وأشير في هذا الصدد كذلك إلى العلامة السنهوري بوصفه أحد الرافضين لفكرة الخطأ الجسيم ولفكرة تدرج الخطأ من حيث المبدأ معلنا بذلك إنهاء النقاش حول هذا الأمر دون الخوض في تفصيلاته إلا ما قل منها على نحو ما سيتم عرضه في هذه الدراسة، هذا مع الإشاره إلى أن كلاً من القانون المدني الفرنسي والألماني والسويسري والأمريكي والمدني المصري والسوري والكويتي والعراقي واللبناني والأردني قد أخذوا بفكرة الخطأ الجسيم ضمن إطار كلٍ من المسؤولية العقدية والتقصيرية رغم تفاوت درجة إعتبار هذا الخطأ بين كل منهما على نحو ما سنعرض.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن هذه الرسالة التي نحن بصددها جديدة في طريقة تناولها للموضوع من حيث عدم تكرار ما وقف عنده الفقه قديما ومن حيث عرضها لأوجه الخطأ الجسيم المتعددة ومن ثم مصير العلاقة العقدية التي يرتبط بها، كل ذلك قد تم بنظرة تحليلية استهدفت تحقيق الغاية التي من أجلها وجدت النصوص القانونية ممثلا ذلك بإقرار العدالة ونبذ أي شبهة للظلم في تلك النصوص.

- **وبالنسبة لمنهج البحث الذي اتبعته في الرسالة،**

إن المنهجية المتبعة في هذه الدراسة تتمثل في الأسلوب التحليلي الإستقرائي؛ حيث سأقوم في هذا البحث إبتداء بتقصي الإرادة الحقيقة للمشرع من إيراده لنصوص تتضمن مصطلح (الخطأ

الجسيم) في القانون المدني الأردني محاولا بذلك البحث عن المعنى الذي قصده المشرع من الخطأ الجسيم والمعيار الذي اتخذه لإعتبار الخطأ الجسيم كذلك.

ومن ثم سأوفق بين الإجتهادات الفقهية والقضائية –على قلتها- مع الإرادة التي ذهب إليها المشرع في صدد ترتيبه للمسؤولية على الخطأ الجسيم فيما إذا كانت تمتاز بطابع آخر أم أنها ذات المسؤولية المترتبه على الخطأ العادي. ومن ثم سأخلص إلى بعض التوصيات والنتائج التي تحصلت عليها بنهاية هذا العمل.

- **وبالنسبة لخطة الدراسة،**

وفي إطار تمحيص ما سبق ومحاولة الوصول إلى فهم قانوني سليم يحدد الأطر العريضة للأثر المترتب على ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية سأقسم هذه الدراسة إلى فصلين أساسيين؛ بحيث يكون تقسيم البحث وفق ما يلي:

تبدأ الرسالة **بفصل أول** يعدّ تمهيداً للرسالة ككل، ويتناول فكرة الخطأ الجسيم بالمجمل العام لما يحتويه هذا الخطأ من حيث التعريف ومن حيث الأصل التاريخي ابتداءً من القانون الروماني وحتى القانون المدني الأردني مرورا بالتشريعات المتقدمة كالتشريع الاوروبي الموحد بشأن المسؤولية العقدية (PECL- The Principles of European Contract Law). ومن ثم تعريجا حول المعيار المتبع في إطلاق الحكم على نوع من الخطأ بانه خطأ جسيم أم لا.

ثم ننتقل في **الفصل الثاني** من الرسالة –بعد أن بنيت الاطار العام لهذا الخطأ دون تكرار ما أُ ثقِلت الكتب به من تفصيل وتمييز له عن بقية الأخطاء- لمناقشة جوهر هذه الدراسة ممثلا ذلك بالأثر المترتب على المسؤولية العقدية حين ارتباط الخطأ الجسيم بها، وما يؤديه هذا الارتباط من نتائج وقف المشرع الأردني صامتا أمامها، ومن ثم في محاولة لتوجيه نصوص القانون باتجاه صحيح خرجت ببعض التوصيات ذات الأثر في هذا الشأن بما يضمن أو على الأقل بما يزيل حالة السلبية التي أتت بها نصوص القانون المدني.

وأردفت من ثم باحثاً في الأثر الذي يرتبه ارتباط الخطأ الجسيم على العقد بعد الحكم بانتقال المسؤولية فيه –على نحو ما هو آت في هذه الرسالة- ومبينا النصوص القانونية التي ستنطبق على هذه الحالة في حينها.

ولا أخفي حقيقة أن اختياري لهذا الموضوع كان صعباً ، ومن ثم أن البحث به كان من الصعوبة جعل من العملية البحثية محاولة للركض على أرض ٍ طينية؛ فالفقه إجمالاً لا يتخذ لهذه الحالة أثرا كبيرا في نفسه ويعرج عليها بمرور سريعجداً . ناهيك عن أن محكمة التمييز الأردنية الموقرة لم تتعرض لهذا الموضوع قط بشكل مطلق ولم تعالجه أي معالجة حثيثة. وأظن مرد ذلك وجود خلط لدى عدد لا بأس به من الزملاء العاملين في مجال القانون بين مستوى الأخطاء ومدى التعويض عنها.

متمنيا في نهاية هذه المقدمة أن أكون قد وفقت فيما ذهبت إليه من طرح، مؤمنا بعدم اكتمال أركانه ذاك أن الكمال لله وحده عز وجل. ومتمنيا أن يأتي من يخلفني فيعزز ما اعترى بنيانه فيصلحه أو يقويه.

* * * * *

الفصل الأول

ماهية الخطأ الجسيم

لعل الحديث في اطار الخطأ الجسيم في ظل مثل هذه الدراسة يتخذ أهمية خاصة لما له من أثر هام حين ارتباطه بالعقد على نحو ما ستبين هذه الدراسة. وبذلك فقد خصص هذا الفصل ليتحدث حول ماهية الخطأ الجسيم عموماً.

وفي ذلكاذهب في هذا الفصل مبيناً ماهية الخطأ الجسيم من حيث مفهومه وطبيعته القانونية والمعايير المتبعة في تحديده، وعليه سينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي:

- المبحث الأول: مفهوم الخطأ الجسيم.
- المبحث الثاني: التطور التاريخي للخطأ الجسيم.
- المبحث الثالث: معيار تحديد الخطأ الجسيم.

المبحث الأول

مفهوم الخطأ الجسيم: Culpa Lata

الخطأ والخطء في اللغة تعني: ضد الصواب، وأخطأ الطريق أي عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض أي لم يصبه [١]. والخطأ: ما لم يتعمد، والخطء: ما تعمد، وقال الأموي: المخطئ: من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخاطئ: من تعمد ما لا ينبغي، والخطيئة الذنب على عمد، والخطء: الذنب [٢] في قوله تعالى: "إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْءًا كَبِيرًا" [٣].

وبذلك يتبين لنا "أن معنى الخطأ في اللغة: أن يريد ويقصد أمراً، فيقع في غير ما يريد، أما الخطء: فهو الإثم أو الذنب المتعمد" [٤]. وعليه فإن المفهوم البسيط للخطأ أو ما يعرف فقهاً بالخطأ اليسير غير المؤثر في المسؤولية من حيث نطاقها يتفق مع التعريف اللغوي والفقهي الإسلامي سالف الإشاره اليه. أما الخطأ بمعناه البعيد أو ما يعرف في الفقه القانوني بالخطأ الجسيم إنما يشابه في تكوينه وأركانه ذاك المصطلح الفقهي الإسلامي المتمثل بالخطء.

إن فكرة الخطأ الجسيم فكرة حديثة نسبيا من المنطوق القانوني هذا على الرغم من أن أصولها الأولى تمتد نحو القانون الروماني القديم [٥]؛ الذي كان يعرف هذا النوع من الخطأ بمعيار عقلي

---

(١) معجم لسان العرب.

(٢) معجم مختار الصحاح.

(٣) القران الكريم، سورة الإسراء، الآية:٣١.

(٤) الوهيبي، محمد (بدون سنة نشر)، نواقض الايمان الاعتقادية وضوابط التكفير عند السلف - نسخة الكترونية -، القاهرة: بدون ناشر، ص٣٠٢. مشار إليه في: الدرر السنية (٢٠٠٩)، الموسوعة العقدية – ٢٠٠٩. تاريخ المشاهدة ٢٠١٣/٧/٢٦، من خلال: http://www.dorar.net.

(٥) ويرى الدكتور السنهوري أن نظرية تدرج الخطأ والتي بموجبها تم استحداث فكرة الخطأ الجسيم قد نسبت خطأ إلى القانون الروماني، حيث يرى أن هذه النظريه هي من إبتكار القانون الفرنسي القديم. للإستزاده أنظر: السنهوري، عبدالرزاق (٢٠٠٠)، شرح القانون المدني،الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص٦٦٢.

واصفا إياه بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه إلا الشخص قليل الذكاء والعناية [١]، وغالبا ما كان يترافق لفظ الخطأ الجسيم لدى الرومان بتصرف المتعاقد المهمل؛ حيث كان يطلق على مفهوم الخطأ الجسيم آنذاك (Culpa Lata) [٢]. وقد ذهب الرومان حينها نحو إفراد ذات الحكم فيما يتعلق بالخطأ الجسيم والغش وذلك بغية إبعاد شبهة التحايل على أحكام الخطأ الجسيم من خلال ظهور المدين بمظهر الغباء ليخلص هذا الأخير نفسه من العقاب [٣].

هذا ويعرف الفقيه بوتيه (Pothier) الخطأ الجسيم أو كما يسمى باللغة الفرنسية "خطأ الاهمال" (Faute Lourde - Faute Lourde grave) على أنه: "عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصا وأشدهم غباءً في شؤونهم الخاصة وهذا الخطأ يتعارض مع مبدأ حسن النية" [٤].

كما ويذهب التعريف السائد للخطأ الجسيم في التشريع الأمريكي للقول بأن الخطأ الجسيم (الإهمال الجسيم) أو كما هو باللغة الإنجليزية (Gross Fault - Gross Negligence): "هو

---

(1) مرقس، سليمان (١٩٩٢)، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية - الأحكام العامة، ط٥، القاهرة: بدون ناشر، ص ٣٤٥.

(2) BLACK,HENRY (1910), A LAW DICTIONARY, (2nd ed.). Washinfton: WEST PUBLISHING CO, p 304,698.

- "**CULPA.** Lat. A term of the civil law, meaning fault, neglect or negligence. There are three degrees of culpa, lata culpa, gross fault or neglect; levis culpa, ordinary fault or neglect; levissima culpa, slight fault or neglect, and the definitions of these degrees are precisely the same as those in our law. Story, Bailm.§18. This term is to be distinguished from dolus, which means fraud, guile, or deceit".
- "**LATA CULPA**. Lat. In the law of bailment. Gross fault or neglect; extreme negligence or carelessness".

(3) خاطر، نوري (٢٠٠١)، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مجلة المنارة، المجلد (٧)، العدد (٢)، ص٤٦.

(4) دسوقي، محمد (١٩٨٢)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية : مطابع رمسيس، ص٣٥٦.

ذاك الخطأ الذي ينبثق عن إهمال لا يغتفر أو جهالة غير متصورة، وإنه بهذا الوصف يرقى إلى الغش" [١].

ويعرفه الدكتور السنهوري في معرض حديثه عن الخطأ المهني الجسيم بأنه: "الخطأ الذي يتصل و يتعلق بالأصول الفنية للمهنة، وهو الإنحراف عن المألوف في أصول و قواعد المهنة دون النظر إلى كفاءة أو امكانية الرجل المتوسط في المهنة ذاتها" [٢].

فيما يعرفه الدكتور وحيد الدين سوار قائلا: "يراد بالخطأ الجسيم ذاك الذي يصدر من أقل الناس تبصرا وحيطة، فهو لا ينطوي على قصد الإضرار، ولا عدم الإستقامة" [٣].

كما ويعرفه البعض الآخر [٤]مسنداً إليه أوصافا محددة له على أنه: "خطأ على قدر من الجسامة والفجاجة غير المقبولة". وهو؛ أي الخطأ الجسيم، برأي هذا الفقه قد يكون كذلك إذا كان خطأ المدين فادحاً وهذه حالة لا جدال عليها كما سيتبين لنا من خلال ما يلي. كما قد يكون خطأ جسيما جراء تراكم عدة اخطاء بسيطة بشكل متتالٍ يوحي بعدم طبيعية الفعل وافتقاره لحسن النية [٥].

وفي ذلك يجدر القول بأن مفهوم الخطأ الجسيم لدى بعض الفقه الإسلامي غير موجود بصورته المعاصرة أو المتعارف عليها الآن، إنما هو موجود بلفظ آخر هو الخطأ الفاحش والذي يطابق إلى حد ما مفهوم الخطأ الجسيم في التشريعات المعاصرة على الأقل من حيث العناصر الأساسية الداخلة في تعريفه، وانطلاقا من ذلك فقد عرف الخطأ الفاحش بعض علماء الفقه

---

(1) BLACK, op. cit, p 485. – "The gross fault is that which proceeds from inexcusable negligence or ignorance; it is considered as nearly equal to fraud".

(٢) السنهوري، مرجع سابق،ج١، ص٩٣١.

(٣) سوار، محمد (٢٠٠١)، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دمشق:منشورات جامعة دمشق، ص٣٧٩.

(٤) عبدالرحمن، حمدي (١٩٩٩)، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٥٣٣.

(٥) المرجع نفسه، ص٥٣٣.

الإسلامي بأنه: "الخطأ الذي يقع عن إهمال كان يمكن الاحتياط منه أو الحذر من نتائجه ولم يفعل" [١].

وباستعراض التشريع الأردني نجد أنه لم يعرف في القانون المدني الخطأ الجسيم إنما اكتفى بمجرد الإشارة إلى اعتباره هو والغش احد موانع الإعفاء من المسؤولية على نحو ما سنرى تاليا، حيث جاءت المادة ٣٥٨ منه فقالت:

١. إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

وقد أحسن المشرع في ذلك، حيث أنالتعريف في هذا المجال مأخذٌ للإنتقاد، وذلك لعدة أمور وعوامل من بينها أن التعريف للفقه والقضاء بداية، ومن ثم فإن التطور صعودا ونزولا في معيار تحديد فكرة الخطأ الجسيم -وهو ما سنبحثه تاليا- كان يمكن أن يترك أثراً سلبياً لو أوجد له المشرع تحديدا أوتعريفاً .

واستتباعا لذلك، فقد عزفت محكمة التمييز بدورها عن إيجاد تعريف معين للخطأ الجسيم رغم كثافة القضايا المنظورة من قبلها حول هذا الشق. وهذا كما أرى تقصير من هذه المحكمة الموقرة في دورها الماثل بإقرار مفردات ومنهجيات تتلاءم والعصر السائد. فما يعتبر سلبية في القانون لو قام بالتعريف لا يعد كذلك في القضاء؛ حيث يمكن الرجوع عن المبادئ القانونية بعد إقرارها إذا ما ثبت خطؤها أو قِدَمُ مُعطياتها.

---

[1] الزبيدي، محمد (٢٠٠٣)، الخطأ غير المغتفر في القانون الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص٩.

ومع ذلك، فقد تطرقت المحكمة الموقرة إلى هذا المصطلح من ناحية عملية وذلك بإفرادها بعض الوقائع التي اعتبرتها خطأً جسيما. ففي إحدى أحكامها ذهبت بشان الخطأ الجسيم إلى ما يلي:

"يتمثل الخطأ الجسيم من جانب المدعى عليها بتكليفها المدعي العمل على شبكات الضغط المتوسط رغم عدم خضوعه للتدريب عليها وعدم فصل التيار الكهربائي عن خطوط الضغط المتوسط ..." [١].

وفي قضيه أخرى حكمت بما يلي:

"اذا كان سبب سقوط المصعد يعود إلى أن الخطاف والبكرة الحديدية المثبتة للغرفة قد انفكت لواقطها. وأن مسؤولية المميزة التأكد من أن جميع أجزاء المصعد مثبتة حسب الأصول . أما إذا لم تكن كذلك فإن واجبها منع استعمال المصعد. أما الشهود والذين رجحتهم محكمة الموضوع ومنهم من تم الإستماع إليهم في القضية التحقيقية (الجزائية) فقد أكدوا أنه طلب من المرحوم إستعمال المصعد. فإن فعل المميز هو من قبيل الخطأ الجسيم والذي يترتب عليه التعويض استنادا إلى الفعل الضار عملا بالمادة (٢٥٦) من القانون المدني"[٢].

وفي هذا يمكن الإستدلال والحذو بإتجاه محكمة النقض المصرية والتي عرفت الخطأ الجسيم –في إطار حديثها عن الخطأ الذي يقع من القضاة- بأنه:

"الانحراف عن الحد الأدنى للمبادئ الأساسية في القانون التي تعتبر من البديهيات أو الإهمال غير المبرر للوقائع الثابته في ملف الدعوى أو قلب قواعد الاختصاص"[٣].

بل ونجد محكمة النقض المصرية تتوسع في بعض أحكامها بتعريف الخطأ الجسيم مبتعدة به عن فكرة الحيطة والحذر التي يأخذ بها مجمل الفقه واضعة إياه في نُصب آخر قوامه طبيعة

---

[١] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٨/٢٨٨٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٢ – منشورات شبكة قانوني الأردن.

[٢] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٥/٢٥٠٤ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/١/٢٦ – منشورات شبكة قانوني الأردن.

- سيتم الاستفاده في المبحث الثالث من هذه الوقائع التي أفردتها المحكمة لتحديد الإطار العام الذي تبنى عليه فكرة المسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني.

[٣] قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٩٦/١٠٦ منشور بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٧ – منشورات شبكة قانوني الأردن.

العمل نفسها ومتخذة بذلك من الخطأ الجسيم مُنحَنى آخر يؤسس –كما أرى- إلى الهدف الأساسي من وجوده ابتداءً، وبذلك تذهب المحكمة الموقرة لتعرف هذا الخطأ وفق ما يلي:

"الخطأ الجسيم ... و على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو الذي يقع بدرجة غير يسيرة ولا يشترط أن يكون متعمدًا. لما كان ذلك و كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه قضى مسؤولية الطاعنة " الشركة " عن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية المقررة في القانون المدني لإرتكابها خطأ جسيمًا يتمثل في سماحها بتسيير السيارة التي وقع بها الحادث وإطارها الخلفي صالح بنسبة (٣٠ %) مع أن عمل الشركة و نشاطها يجعلها على علم بأن السيارة قد تجتاز طرقًا وعرة -و كان هذا الذي قرره الحكم مستندًا إلى أدلة كافية لها أصلها الثابت في الأوراق - فإن ما تنعاه الطاعنة على الحكم من الخطأ في تطبيق القانون لا يكون له محل " [١].

وبإجمال ما سبق يمكننا استخلاص أربعة أركان أساسية تحكم تعريف الخطأ الجسيم وهي:

- أولا: إن الخطأ الجسيم فعل، سواء كان ذلك فعلا إيجابيا أم سلبيا.
- ثانيا: إن الخطأ الجسيم هو إخلال أو انحراف كبير عن الهدف الأساسي من الغاية التي تم لأجلها التعاقد.
- ثالثا: إن الخطأ الجسيم لا يمثل قصدا سيئا أو نية سيئة إنما يمثل قله احتراز أو اهمال كبيرين وهو بذلك يختلف عن الغش.
- رابعا: إن الخطأ الجسيم يذهب في قوامه إلى إخلال في الإلتزام دون نية لخرقه، إذ أنه يمثل حالة من اللامبالة اتجاه التنفيذ دون إرادة فعلية للإخلال.

وعليه، يمكن تعريف الخطأ الجسيم على أنه: **كل فعل أو امتناع ينتج انحرافا عن الحدود الدنيا المقبولة في الالتزام متى كان ذلك ناتجا عن قله احتراز أو إهمال مقرونين بالإرادة.**

---

[١] قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، رقم: ٨٠٨ لسنة ١٩٤١ منشور بتاريخ ١٩٨٠/٤/٢٦. مشار إليه في: نصرة، أحمد (٢٠٠٦)، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص٧٤-٧٥.

وبعد أن تعرفنا على المفهوم العام للخطأ الجسيم يدور التساؤل حول الآلية التي يتم من خلالها تحديد الخطأ الجسيم كخطأ. وهل يختلف الخطأ الجسيم عن الغش؟ أم أنهما وجهان لعملة واحدة؟ وما هي الأسس التي أخذ بها التشريع المدني الأردني للحكم بكون الخطأ يمثل خطأ جسيما أم لا؟

ومن ثم فهل الخطأ الجسيم قديم ام حديث؟ وهل تأخذ به الدول؟ ام انها أهملت وجوده وتنكرت له إلى غير عودة؟ وماذا عن موقف المشرع الأردني منه؟ أما يزال مؤمنا به ويتخذله منزلاً؟

* * * * *

المبحث الثاني

التطور التاريخي للخطأ الجسيم

اتسمت العصور الإنسانية بطابع الشخصية في إتخاذ دور المدافع عن الحقوق؛ حيث كان الخطأ المرتكب في حق أي من أفراد المجتمع يواجه بخطأ (فِعل) مماثل بغية وزن مراكز الدائن والمدين، وبذلك لم ينظر في حينها إلىالخطأ بوصفه ركناً صانعاً للمديونية وبالتاليموجباً للضمان بقدر ما كان ينظر إليه بوصفه أثرا يجب الرد عليه لأرضاء نفس الدائن وإطفاء نيران ما جرى له أو لعلاقته مع مدينه المخطئ [١].

وقد شابت تلك الحقبة الأولى من مرحلة تشكل المفهوم القانوني الذي صاحب نظرية تكون العقد الاجتماعي في بادئ الأمر حالة من التغول في الحقوق؛ حيث كانت تتسم أقل الأخطاء ارتكابا أو إضرارا بموجه عارمة من الانتقام لا تستقيم ومقدار الضرر الفعلي الذي سببه الاعتداء أو الخطأ، الأمر الذي دعا جموع الناس المشكلين للمجتمع –وعلى مراحل متعاقبة- المناداة بوضع آلية معينة توقفهمجية التعويض البدائي وتَحوّلَ أي خطأ في أي تجارة عارضة أو بيع لأي سلعة أو ايذاء يقع على أحدهم إلىتحدٍ تروح قبله الضحية تلو الأخرى في إطار صراع قبلي غير منتهِ. فأدخل بذلك نظام القصاص الذي حدد كيفية استيفاء الحق ومقدار ما يمكن استيفاؤه تبعا لكل حالة [٢]. تلا ذلك نظام الدية الذي وضع إمكانية المجاوزة عن القصاص من خلال دفع مستحق مالي للمتضرر إلى أن تطور نظام الدية تطورا بالغا فيما عرف لدى اليونانيين القدماء بنظام الدية الإجباري [٣].

---

[١] دسوقي، مرجع سابق، ص١٩.

[٢] المرجع نفسه، ص٢٠-٢٥.

[٣] ابوهيف، علي (١٩٣٢)، الدية في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ص١٣-١٤.

مشار إليه في: دسوقي، مرجع سابق، ص٢٥.

وبتمام ظهور فكرة الدولة المشكلة من مجموعة كيانات اجتماعية بدأ نظام تقسيم الأفعال إلى أفعال مباحة وأخرى مجرمة يأخذ أبعاده التي سرعان ما تطورت [١]، وبذلك كانت هذه النقلة هي نبراس نشوء نظريات الخطأ والتعويض وما تزاحمته الأفكار بشأنها في العصور المختلفة وصولا إلى فترة الرقي "القديمة" ممثَّلا ذلك بعصر نظرية تدرج الخطأ.

وتعريجا على ذلك، ودون إطالة بُغية إصابة جوهر هذه الرسالة، أتطرق في هذا المبحث إلى المرور سريعا حول فكرة تدرج الخطأ وكيف بدأت وما انتهت إليه وما هو موقف المشرع الأردني منها، مخصصا الجزء الأوفى من الحديث للوقوف على الخطأ الجسيم خصوصا بوصفه موضوع هذه الرسالة وذلك دون التطرق إلى أي مواضيع فرعية بتعمق كون الفقه والدراسات السابقة قد أشبعتها بحثا، منعاً بذلك للتكرار غير المفيد. وعليه فإن هذا المبحث سينقسم إلى مطالب ثلاثة هي:

- المطلب الأول: نظرية تدرج الخطأ في القانون القديم.
- المطلب الثاني: نظرية تدرج الخطأ في القانون الحديث.
- المطلب الثالث: الخطأ الجسيم في القانون المدني الأردني.

[١] مرقس، سليمان (١٩٧١)، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ج١، ط٢، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ص١٠٠-١٠١.

المطلب الأول

نظرية تدرج الخطأ في القانون القديم

منذ نشأة أولى النظرات الإنسانية نحو المفاهيم القانونية عكف القائمون على تطبيق القانون في محاولة إحقاقية منهم لمفهوم العدالة باستنباط أشكال الإخلال والخطأ وتحديد أركان وموجبات لكل شكل أو درجة من درجاته. وعلَّ القيود التاريخية الأكثر توثيقا وتوفرا في المكتبات المتاحة تذهب نحو العصر الروماني كانطلاقة أولى من انطلاقات بزوغ نظرية تدرج الخطأ. وهذه النظرية بمفاهيمها التي ترنحت بين القبول والرفض في عصرنا الحاضر لم تكن سوى ثورة قانونية -عرفت بقانون أكيليا الروماني- قامت لتحل محل عادات القبائل الجرمانية القديمة التي كانت تحدد التعويض عن الأفعال الضارة بطريقة جزافية غير مبررة؛ حيث كانت تهدف إلى تعويض الدائن بمبالغ كبيرة دون الالتفات إلى الضرر الحقيقي الذي أصابه (١).

واستتباعا لتلك النهضة القانونية، فقد جاء قانون أكيليا الروماني ببدعة جديدة في ذلك الوقت عرفت بنظرية تدرج الخطأ؛ بحيث ساقت هذه النظرية تقسيما للخطأ لقسمين أساسيين هما: الخطأ العمدي وخطأ الإهمال ومن ثم قسموا خطأ الإهمال إلى قسمين آخرين هما: الخطأ اليسير والخطأ الجسيم (٢). وقد أنطلقت هذه التقسيمات من النظرية التقليدية لتقسيم الخطأ وترتيب مصادر الالتزام؛ حيث كان الفقه القانوني آنذاك يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة وبالتالي بين الخطأ العمد وخطأ الإهمال (٣).

---

(١) زكي، محمد (١٩٧٨)، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ص٤٩١.

(٢) مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص٢٥٠.

- وعلى خلاف ما يراه الدكتور مرقس، فإن الدكتور السنهوري والدكتور مروان كساب يران أن نظرية تدرج الخطأ والتي بموجبها تم استحداث فكرة الخطأ الجسيم قد نسبت خطأ إلى القانون الروماني، حيث يرى ان هذه النظرية هي من ابتكار القانون الفرنسي القديم. حيث تم الاشارة إليها من قبل الفقيه دوما في مجموعة التشريعات المدنية، كما انها تظهر –على حد تعبير الدكتور السنهوري والدكتور مروان كساب- بشكل واضح عند الفقيه "Pothier" في مؤلفاته. للاستزاده انظر: السنهوري، مرجع سابق،الجزء الأول، ، ص٦٦٢. وأيضا: كساب، مروان (٢٠٠٠)، الخطأ العقدي وآثار العقد، المؤلف نفسه، ص٢٢.

(٣) المرجع نفسه، ص٢٥٠.

وعلى ذلك فقد كان الفقه القديم يعرف خطأ العمد ويبني له معيارا بوصفه إخلالاً بواجبٍ قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير" (١)، أما خطأ الإهمال فقد كان يُعرف على أنه "الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل هذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير" (٢). وقد كان الفقه الموالي لنظام هذا التقسيم (خطأ العمد وخطأ الإهمال) يضعون درجات لخطأ الإهمال هي الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، ومن ثم كانوا يتخذون من حسن النية أو عدمها ركيزة في تحديد أولويات تقسيم هذا الخطأ (٣).

وفي تقسيم آخر من تقسيمات الخطأ كان الفقهاء قديما يقسمون الخطأ إلى نوعين، خطأ إيجابي وخطأ سلبي، وتقسيم آخر يذهب إلى اعتبار درجات الخطأ واقعة ما بين الجريمة المدنية أو الخطأ المدني وما بين الجريمة الجزائية أو الخطأ الجنائي (٤).

وما يهمنا في هذا الشأن هو ذاك الشق الذي انبثق منه الخطأ الجسيم، حينما كان الفقه القديم يميز بين خطأ الإهمال وخطأ العمد، ويدرج الخطأ الجسيم كأحد اصناف خطأ الإهمال من حيث الأصل. ذلك مع إبقاء الخطأ الجسيم في الأذهان دوما حين الحديث عن الغش أو الخطأ العمد. حيث كان يتم تأويل الخطأ الجسيم ابتداءً على أنه خطأ عمدي إلى أن تثبت حسن نية مرتكبه ليصار إلى تأويله تاليا بأنه خطأ جسيم (٥). ولما كان مرد ذلك التخفيف من مقدار مُسأَلة المدين المخطئ بجسامة، فقد عاد الفقه ليضيف إلى الخطأ الجسيم صفة العمد وملحقين إياه به (٦).

واستمر الوضع على ما هو عليه مع تعاقب الأزمان إلى أن وصل الزمان حد الدولة الفرنسية في عصورها الوسطى وما اقترب منها من العصور الحديثة، وما احتاجته الدولة الفرنسية في حينها من تنظيم لأولوياتها القانونية وفصل لنطاق المسؤولية العقدية ووضعه في قالب منفصل

---

(١) مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص٢٥٣.

(٢) المرجع نفسه، ص٢٥٥.

(٣) المرجع نفسه، ص٢٥٥-٢٦٢.

(٤) المرجع نفسه، ص٢٦٢-٢٧٠.

(٥) المرجع نفسه، ص٢٥٢-٢٦٠.

(٦) السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٧٥٧. وأيضا: سوار، مرجع سابق، ج٢، ص٦٠.

يحدد التزامات كلا المتعاقدين. وبذلك فقد بدأ الفقه وتحديدا على يدي الفقيهين (Domat) و (Pothier) كل على حدة في نظرية جديدة في عصر قديم تؤسس لمراحل خَطَئِيَّةٍ مشابه لما عرفته العصور السالفة، ومبرزين به فكرة الخطأ الجسيم (الإهمال الجسيم - faute lourde) بشكل واضح [١]، وهو ما أسس لأخذ القانون المدني الفرنسي لنظرية تدرج الخطأ لاحقا.

ولعل ما جاء على لسان المشرع الفرنسي لم يكن بعيداً عن البلدان الأوروبية المجاورة، فنجد أن بداية حقبة القرن التاسع عشر قد شهدت تطورا بالغا في مفهوم نسبة الخطأ وإيقاع وصف له وما يشكله ذلك من تكون للمسؤولية العقدية، وبرغم أن هذا التطور لم يكن وليد الصدفة إلا أنه انتهى إلى إقرار فكرة تدرج الخطأ بشكل واضح في العصور الحديثة القديمة من التشريع القانوني [٢].

لكن، هل بقي لنظرية تدرج الخطأ هذه وما ألم بها من تطور وجود في العصر الحديث؟ هل مضت هذه النظرية بالتطور بتقدم الزمن؟ وماذا عن موضع الخطأ الجسيم، هل بقي له مكانٌ في في يومنا هذا؟

* * * * *

---

(1) Rowan, Solene (April, 2011), Fault and Breach of Contract in France and England: Some Comparisons, Social Science Research Network. Retrieved July,5,2013, p ٣.

- from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837505.

(2) Kreitner, Roy (2009), FAULT AT THE CONTRACT-TORT INTERFACE, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol.107:1533, p 1535 – 1536.

المطلب الثاني

نظرية تدرج الخطأ في القانون الحديث

إن تقسيم درجات الخطأ في الفقه التقليدي، دفع بعض المعاصرين إلى المضي قدما بما يرفضه ويحد من فكرة تدرج الخطأ بوصف الخطأ واحدا، وأن مقدار ما يترتب عن الخطأ من ضرر هو المحل الأحرى بالدراسة من قبل قاضي الموضوع، واصفين تدرج الخطأ بالفكرة التي أفل نجمها وأنقضى أجلها [١]، ومطالبين من ثم بتعديل ما أخذ به القانون الفرنسي القديم من فكرة تدرج الخطأ [٢]. هذا وقد سار الفقه الفرنسي وبعض التطبيقات القانونية في فرنسا خلال العصر الحديث وفي مقدمتهم المشرع الفرنسي وفق هذا المنحى من خلال عدم إعارة فكرة الخطأ الجسيم أي أهمية أو تنظيم في خضم القواعد القانونية المنظمة للمسؤولية المدنية في فرنسا[٣]. إلى أن عاد القانون الفرنسي وأخذ بفكرة تدرج الخطأ بصورة بسيطة غير معرفة على وجه الدقة في تشريعه المدني مجددا [٤]ووجِد من يصوب اعوجاج ذلك القصور التشريعي من خلال الفقه والقضاء الفرنسي الذي جعل من فكرة الخطأ الجسيم محل اهتمام كبير من قبله معلنا بذلك نشأة جديدة لهذا الخطأ الموصوف [٥].

وعلى إثر ذلك وما صاحب التشريع المدني الفرنسي من تعديلات استقر المشرع الفرنسي أخيرا في أحدث التعديلات واضعا فكرة تدرج الخطأ جانبا ومكتفيا بذكر بعض أشكال الخطأ كالخطأ الجسيم لوصف بعض حالات التعويض [٦] أو وصف بعض الحالات التي تقتضي مسؤولية معينة [٧]؛ وكأنه بذلك يوازن بين نزعتين غير متضادتين بالضرورة، فهو يقر الخطأ

---

[١] السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٦٦٢

[٢] الحسناوي، حسن (١٩٩٩)، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية –دراسة مقارنة-، بدون مكان نشر: بدون ناشر، ص١٠١.

[٣] دسوقي، مرجع سابق، ص٣٦٧-٣٦٨.

[٤] السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٦٦٣-٦٦٥.

[٥] دسوقي، مرجع سابق، ص٣٦٨-٣٦٩.

[6] The Civil Law of Republic of France (Ord.no 2004-164 of 20 Feb,2004), Translated to English by Professor Georges Rouhette (Electronic Version).

[7] يدلل على ذلك على سبيل المثال المواد (١١٥١،١١٥٠،١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي.

الجسيم كشكل من أشكال الخطأ دون أن ينظم مسألة تقسيم الخطأ بشكل فعلي إنما يضع من بعض أشكال الخطأ ظروفا معينة تؤثر في مدى المسؤولية أو كيفية احتسابها أو في نطاق التعويض عنها.

وفي خضم تزاحم هذه المعطيات فقد عاد النبض للمشرع القانوني الحديث، وأعيد الاهتمام مجددا بالخطأ الموصوف ونظرية تدرج الخطأ باعتبارها موضوعا هاما من موضوعات القانوني التي تشكل ركيزة أساسية تقوم عليها أسس حماية الحق في إطار المسؤولية المدنية؛ حيث باتت التشريعات الحديثة وبصورة تدريجية تدعو إلى المناداة بأفول نجم نظرية تدرج الخطأ لصالح نظرية الخطأ المجرد سيرا بذلك على أعقاب القانون المدني الفرنسي الحديث [١].

وقد "انتقد الفقهاء المعاصرون فكرة تدرج الخطأ، وقالوا بأنها فكرة أخلاقية بحتة، فالخطأ، من وجهة نظر القانون، لا تختلف درجاته، إنما الذي يختلف هو مدى الالتزامات التي تقع على عاتق المدين. وإن كل إخلال بتنفيذ الالتزام هو خطأ مهما كانت درجة التقصير، فالوفاء الناقص لا يعد وفاءً بصرف النظر عن مقدار النقص وإذا تم الإخلال بواجب جوهري، يعتبر أجسم من الإخلال بواجب ثانوي، كما في الالتزام ببذل عناية، فإن هذا التفاوت يعبر عن أهمية الواجبات التي يحصل الإخلال بها، ولا يعد تعبيراً عن درجة الإخلال في ذاته أو عن درجة الخطأ، لذلك فإن البحث في تدرج الخطأ أمر تأباه طبيعة الالتزام الواقع على عاتق المدين" [٢].

وتاليا لذلك "وإزاء هذا النقد نبذ واضعو التقنين المدني الفرنسي فكرة تدرج الخطأ التي كانت سائدة في القانون الفرنسي القديم، ولم يفرقوا بين خطأ جسيم وخطأ يسير إذ جعلوا حكمهما واحدا هو الالتزام بتعويض كل ضرر ناجم عن خطأ بغض النظر عن درجته. وبهذا أسدل الستار عن فكرة الخطأ الجسيم ظاهريا، وتم هجر نظرية تدرج الخطأ وحل محلها فكرةِ حدة الخطأ التي تعتمد على معيار واحد هو معيار الرجل المعتاد" [٣] إلى أن أعيد الأخذ بها مجددا بشكل جزئي وفق ما عرضتُ في مقدمة هذا المبحث.

---

[١] خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٤٦.

[٢] المرجع نفسه، ص٤٦ – ٤٧.

[٣] المرجع نفسه، ص٤٧.

وبالرغم مما تقدم فإن بعض التشريعات لا زالت تأخذ بفكرة تدرج الخطأ (الخطأ الموصوف) بشكل غير معلن من خلال نصوصها المختلفة التي تنص على اقتضاء تعويضات أو فرض قواعد خاصة في حالة من حالات الخطأ دون غيرها [١]، ومثال ذلك ما أورده المشرع التونسي (المادة ١٠٧) والمغربي (المادة ٩٨) في قانونهما المدني حينما نصا على ما يلي: "ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه".

ويؤكد تلك النتيجة السابقة من تضمين نظرية تدرج الخطأ بشكل ضمني في متن النصوص القانونية المختلفة أن القضاء مهتدياًبنصوص القانون وقواعد العدالة غالباً ما يميز بين نوع الخطأ المرتكب ومقدار الضرر الحادث وما يترتب عليه من اختلاف مقدار التعويض تبعا لاختلاف نوع الخطأ.

وينسحب الأمر ذاته بالنسبة إلى الفقه المعاصر من حيث تسليمه بوجود درجات للخطأ دون الاعتراف المباشر ببقاء نظرية تدرج الخطأ، ظاهرا ذلك من خلال اختلاف المعايير المتبعة في رسم ماهية الخطأ، فمن انطلاقة الفقهاء بتعريف معيار الخطأ الجسيم بوصفه أحد أركان تدرج الخطأ إلى أيلولة الخطأ الجسيم بوصفه ظرفا من ظروف تنفيذ العقد وعنصرا من عناصر الأدوار المساهمة في تكييف حجم ونوع المسؤولية في العصر الحديث [٢]، ممثلا ما سبق من خلال أبرز تطبيق فقهي على المسؤولية المدنيةظاهراً ذلك بفكرة الخيرة أو الجمع بين المسؤوليتين؛ حيث يذهب عدد كبير من الفقه [٣] إلى جواز الخيرة بين المسؤوليتين [١] في حالة الخطأ العمد أو ما

---

[١] مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٢٥٠ - مشار إليه في الهامش الثاني.

[٢] دسوقي، مرجع سابق، ص٣٦٩.

[٣] انظر على سبيل المثال الآراء التي تقف مع نظرية الخيرة بين المسؤوليتين:

- مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٥٧ وما بعد.
- الديناصوري، عز الدين والشواربي، عبدالحميد (١٩٨٨)، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة : مطبعة مصر، ص١٥ وما بعد.
- الطباخ، شريف (٢٠٠٧)، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية – في ضوء القضاء والفقه، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص٤٠٨ وما بعد.

يلحق به كالخطأ الجسيم (٢) دون أن ينسحب ذلك إلى حالة الخطأ اليسير، وهو الأمر الذي لا يدع مجالا للشك في أن الرفض الدائر حول نظرية تدرج الخطأ إنما هو رفض شكلي لطريقة تصنيف الخطأ أو على أقل اعتبار لدرجات هذا التصنيف. دون أن يمتد ذاك الرفض إلى اقتناع فعلي بوجود هذا التدرج أو تلك التفرقة في درجات الخطأ.

ويؤكد ما تقدم ما يلحظه الباحث العادي من أن التمسك بنظرية وحدة الخطأ لم ينتهِ كما خطط له منذ البداية؛ حيث بدأت هالة الخطأ الجسيم تتسع وتلقي بظلالها على جميع نواحي المسؤولية المدنية من خلال أحكام القضاء الفرنسي الذي ساهم قبلا في قبول نظرية تدرج الخطأ، مدركاً بذلك للأهمية التطبيقية والعملية لهذا التدرج؛ حيث استقر أخيراً على معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فيما يتعلق بتحديد المسؤولية أو التخفيف أو الإعفاء منها. وكذلك مضى أيضا وفي ذات السياق في إفراد آلية تعويضٍ مغايرةٍ للأصلِ العام، يلتزم بها المدين في حال إخلاله العقدي. إلى أن عاد المشرع الفرنسي أخيراً ومن جديد ليأخذ بالخطأ الجسيم دون اعتراف مباشر بعودة نظرية

- العوجي، مصطفى (٢٠٠٤)، القانون المدني – المسؤولية المدنية، ج٢، ط٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٢٩ وما بعد.

- سوار، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٨٠ وما بعد.

(1) وعلى العكس من ذلك يمثل جمع آخر ثلتهم من الفقهاء الفرنسيين وجها معارض لنظرية الخيرة بين المسؤوليتين، ويقود هذا الإتجاه كل من الفقهاء الفرنسيين لوران ولابيه وديمولومب ورودبير ... الذين اشتهروا بتعليقاتهم على قرارات المحاكم الفرنسية المؤيدة للخيرة بين المسؤوليتين.

- انظر في ذلك: زكي، مرجع سابق، ص٤٧٣-٤٧٤.

(2) وهنا يعود الفقهاء الفرنسيون الرافضون لنظرية الخيرة بين المسؤوليتين ليضعوا استثناءً على رفضهم المطلق ذاك ممثلا ذلك بحالة وجود جريمة جناية أو غش من المدين أو خطأ جسيم مرتكب منه في ظل علاقة عقدية؛ حيث يقول هؤلاء أن العاقد حينها يكون صحية الضرر وله أن يختار وفقا لمصلحته بين نوعي المسؤولية.

- انظر في ذلك: زكي، مرجع سابق، ص٤٨٢.

تدرج الخطأ رغم نصه الواضح على أركانها المختلفة ومعايير احتساب التعويض بشأنها [١]، وعلَّ ذلك يبدو جليا من خلال النصوص التي اعتمدت الخطأ الجسيم في المسؤولية عن الأخطاء المهنية وفي التعويض عن إصابات العمل [٢].

وتظهر هذه النتيجة بشكل واضح في القانون الإنجليزي، الذي ابتعد مؤخرا عن فكرة الخطأ الموصوف وهجرها هجرانا مبينا، إلا أن هذا الهجران ما هو إلا هجران ظاهري كالذي جاء به القانون المدني الفرنسي. فهو؛ أي التشريع الإنجليزي، وإن كان يضع حدا للخطأ الموصوف في إطار المسؤولية المدنية العامة ممثلا ذلك على وجه الخصوص بالمسؤولية التقصيرية. إلا أنه ما زال يولي اهتماما يعتد به بالخطأ الموصوف في المسؤولية التعاقدية على اعتبار عدم مساواة كل الخروقات التي تحدث في العقد لبعضها البعض [٣].

حري بالذكر أيضا في هذا الصدد، الإشارة إلى أن الاتجاهات الغربية لم تكن كلها اتجاهات متخبطة فيما يتعلق بفكرة تدرج الخطأ، فبعيداً هناك نحو الفقه الجرماني نجد أن هيئة القانون

---

[1] نصت على ذلك المواد (١١٥١،١١٥٠،١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي. وفق ما يلي:

- المادة ١١٤٩:

"Damages due to a creditor are, as a rule, for the loss which he has suffered and the profit which he has been deprived of, subject to the exceptions and modifications below".

- المادة ١١٥٠:

"A debtor is liable only for damages which were foreseen or which could have been foreseen at the time of the contract, where it is not through his own intentional breach that the obligation is not fulfilled".

- المادة ١١٥١:

"Even in the case where the non-performance of the agreement is due to the debtor's intentional breach, damages may include, with respect to the loss offered by the creditor and the profit which he has been deprived of, only what is an immediate and direct consequence of the non-performance of the agreement".

[2] خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٤٧.

[3] Rowan, Solene, op. cit, p 1٦-18.

المدني الألماني لم تختلف في بُنيانِها القانوني على مر العصور المتعاقبة. فهي وإن واكبت التحضر والتطور اللازم إلا أنها لم تتنكر يوما لنظرية تدرج الخطأ وأبقت على الخطأ الموصوف أو الانتهاك الموصوف للعقود كمرجعية تنير درب مُطبق القانون في كيفية التعامل مع كل حالة على حِدَةٍ فتجد التشريع المدني الألماني ينطلق محدداً معالم عامة ومجردة لتطبيقات واقعية مستمدة من المجتمع الألماني ومعاملاته القانونية المعتادة، فتجده يتحدث تارة عن الإخلال الجسيم الحاصل في العقود وما يوجبه ذاك الإخلال، وتارة أخرى ينطلق نحو مسؤولية القضاء عن أخطائه الجسيمة، فيما يعود مرة أخرى ليتحدث عن مسؤولية متولي الرعاية في حال إخلاله الجسيم ... لتجد بذلك عناية حقيقية من مشرع متحضر ابتغى غاية الحق وسعى خلف فلسفة القانون [١].

وبالبقاء داخل فلك التشريع الألماني، نجد به أحكاما مشابهة لتلك الموجودة في القانون المدني الأردني من حيث تأخر المدين بأداء التزاماته (الإعسار) فيجعل من مسؤولية المدين في هذه الحالة في أخفض درجاتها ويجعل من الطرق والسبل المتاحة أمامه ما يمهد له الطريق، كل ذلك إذا لم يكن متقصدا أو مهملا إهمالا جسيما [٢].

وتحذو الاجتهادات القضائية الألمانية ذات الحذو، إذ ذهبت محكمة العمل الإتحادية الألمانية في إحدى قراراتها إلى أن الموظف مسؤول عن خرقه العقد، إلا أن مسؤوليته تلك تعتمد على درجة خرقه لهذا العقد ومقدار الخطأ الذي ارتكبه، فإذا كان الخطأ المرتكب ينم عن إهمال جسيم أو قصد فإن العامل في هذه الحالة مسؤول مسؤولية كاملة. أما إن كان الخطأ المرتكب من قبله

---

(1) The Civil Law of Federal Republic of Germany (version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette p. 42, 2909; 2003 I p. 738)) Translated to English by the Langens cheidt Translation Service.

- (Electronic Version: http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=KrjHyaFOKmw%3D&tabid=505).

انظر على سبيل المثال، المواد (٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٩، ٥٩٩، ٦١٧، 651h، 839a .. الخ) من القانون المدني الألماني.

(2) Riesenhuber, Karl (November,2009), Damages for Non-Performance and the Fault Principle, Social Science Research Network. Retrieved March,25,2013, p 8.

- from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501193.

يقع في دائرة الأخطاء الطبيعية التي يرتكبها الكافة فإن مسؤوليته جزئية وتشاركية مع رب العمل. هذا فيما لا يسأل العامل أخيرا عن خطأ الإهمال الطفيف الذي يرتكبه أثناء عمله [١].

ولم يتغير الحال عربيا، فهول الصدمات والتخبطات التشريعية المتتالية لم تدع للمشرع المقتبس بصيرة التفكر أمام هول هذا التطور السريع في التقنينات الأجنبية المقارنة، وبسبب ذلك أو افتراضا لحسن التخطيط فقد أبقت التشريعات العربية على نصوص شبه متعادلة؛ حيث أخذت معظم التشريعات العربية بفكرة تدرج الخطأ وبالأخص فكرة الخطأ الجسيم.

ويظهر ذلك على سبيل المثال من خلال نص المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري [٢] ونص المادة (٢٢٢) من القانون المدني السوري [٣] والتي تنصان:

١. إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون، فالقاضى هو الذى يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.
٢. ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد،فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

هذا ويظهر ذلك أيضابشكلٍ أكثرَ وضوحاً وجلاءً من خلال نص المادتين (٣٠٠ و ٣٠٤) من القانون المدني الكويتي [٤] والتي أحسن المشرع الكويتي صياغة أركانهما؛ حيث تنص كل منهما على ما يلي:

<u>المادة (٣٠٠):</u>

١. تقدر المحكمة التعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد أو بمقتضى نص في القانون.

---

(1) Riesenhuber, op. cit, p8.

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٣) القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

(٤) القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

٢. ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

المادة (٣٠٤):

إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

أخيرا في هذا الشأن، أشير إلى النهج الذي يتخذه الفقه الأمريكي بشأن الخطأ وما يُؤثر به على المسؤولية العقدية؛ حيث يدور السؤال المتكرر لدى الفقه الأمريكي في فكرة قوامها الوقت الذي تقوم به المسؤولية العقدية. فلديهم المسؤولية التقصيرية تقوم بمجرد الخطأ وما يتلوه من أركان، على العكس من المسؤولية العقدية التي لا تقوم على مجرد ارتكاب الخطأ، بل يلزم بها توافر أثر لهذا الخطأ وفق ما يمكن لنا تعريفه في قانوننا المدني الأردني بركن الضرر. وعلى ذلك يجري الحديث لدى القانون الأمريكي من خلال الفقه المناقش للمسؤولية العقدية فيه في فكرة (صرامة المسؤولية العقدية) وهل تعد تلك المسؤولية صارمة في تطبيقها حقا أم لا، وهو ما يشكل حديثا متسعا لديهم [1]. وأرى في هذا الشأن أنه وعلى الرغم من هذه الالتفاتات في التسمية الفقهية أو القانونية للخطأ وأوصافه ورغم محاولة المشرع الأمريكي صراحة البعد عن نظرية تدرج الخطأ، إلا أنه وحين التطبيق العملي يعود إلى تطبيقها ولو بشكل غير مباشر من خلال فرضيات صرامة الخطأ أو صرامة إعمال قواعد المسؤولية العقدية تبعا للانتهاك العقدي الذي قام به المتعاقد.

وعلى ذلك، فقد رأينا كيف غايرت التشريعات الحديثة في فكرة اتخاذها لنظرية تدرج الخطأ وما ينضوي تحتها من فكرة إعمال الخطأ الجسيم. وتعرفنا كيف أثبتت هذه النظرية رسوخها ولو ضمنا في التشريعات القانونية الحديثة سواء لدى الدول اللاتينية أو الدول الانجلو-سكسونية.

فما هو موقف المشرع الأردنيمن هذه النظرية ابتداءً؟ بل بالاحرى ما هو موقف المشرع الأردني من الخطأ الجسيم تحديدا؟ هل يعترف القانون الأردني بدرجات مشددة من الخطأ؟

---

(1) Ben-Shahar,O and Porat,A. (2009), FOREWORD: FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol. 107:1341, p 1342 – 1343.

إن هذه الأسئلة هي محل البحث في المطلب التالي، حيث سنناقش فكرة مدى وجودية الخطأ الجسيم في أحكام القانون المدني الأردني. وفق ما تستوجبه حاجات وأغراض هذه الرسالة.

* * * * *

المطلب الثالث

الخطأ الجسيم في القانون المدني الأردني

لم يكن المشرع الأردني فيما تقدم بيانه بعيدا عما سلكته التشريعات العربية، فعلى نهج المشرعين من قبله (المصري والسوري) مضى مشرعنا الأردني وإياهم في القانون المدني مطعما إياه بالعبق الإسلامي ومعالجاً بهذا لبعض ما اعترى النصوص العربية المقارنة من نقص في بعض الأحيان ومقصراً في أحيانٍ أخرى. والناظر إلى ثنيات مواد القانون المدني الأردني يلحظ التأثر البالغ بين نصوص هذا القانون ونصوص القوانين العربية المجاورة التي أُتخذت مصدرا له. ومن ذلك حذو المشرع الأردني على ذات الخطى الذي ذهبت إليها القوانين العربية في إنكارها لمبدأ تدرج الخطأ ظاهراً والأخذ به باطناً من خلال إفراد أحكام خاصة لبعض أنواع الخطأ.

ولعل من أبرز الإشارات التي تؤكد أخذ القانون المدني الأردني بأساس التفرقة ما بين أنواع الخطأ ولو بشكل غير ظاهر هو ما نصت عليه المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني حينما نصت على:

١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

أيضاً نص المادة (٢٥٨) والتي نصت على:

" إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر".

أيضا المادة (٣٥٨) منه والتي نصت على:

١- إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

وما إلى ذلك من نصوص أخرى تبين في مجملها أن المشرع الأردني لم يقصد أو بالأحرى لم يكن مهتما بإلغاء نظرية تدرج الخطأ من عدمها. إذ أنه وفي أقل التقديرات كان يرى في الخطأ مفهوماً عاماً قد يشتد في بعض الأحيان -الخطأ الجسيم- وقد يدنو في أحيان أخرى [١]، الأمر الذي كان يتطلب منه إفراد أحكام خاصة لكل حالة من الحالات التي خرجت عن المألوف، والحقيقة أن المشرع وبما قام به من عدم إيلاء اهتمام كبير بصنوف الخطأ لم تكن حالة جديدة عليه، بل إنها مستقاة من الأصل التاريخي لنصوص القانون المدني، ظاهراً ذلك في نصوص مجلة الأحكام العدلية التي لم تبالِ كثيراً بصنوف الخطأ ولم تضع حكما عاما يجمعها، إلا أنها وفي ذات الإطار لم تلبُث أن وضعت أحكاما خاصة لبعض صنوف الخطأ أو الإخلال[٢] وفق ما ارتأى المشرع في حينها أن طبيعة المجتمع بحاجة إليه.

---

[١] ومثال ذلك ما تستعرضه نصوص القانون المدني الأردني من اتجاه المشرع إلى افراد أحكام خاصة تختلف عن الحكم العام حينما يكون الاخلال أو الخطأ أبسط أو أقل من ذاك الذي وضع المشرع حدودا له ابتداء، وفيما يلي بعض النصوص الدالة على ذلك –وإن كانت لا تنصب بشكل مباشر على فكرة تدرج الخطا إلا انها تعطي نبذة عن مدى أخذ المشرع في حينها بمدى اختلاف درجات الاخلال العقدي بشتى صوره-:

- المادة (٢/٥٤٤): بيع المريض لأجنبي بثمن المثل أو بغبن يسير نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة.
- المادة (٥٤٦) : لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع.
- المادة (٦٧٩) : ١- إذا عقد الإيجار على شيء معين بأجرة إجمالية وذكر عدد وحداته دون بيان أجرة كل وحدة منها فظهرت وحداته أزيد أو أنقص كانت الأجرة هي المسماة في العقد ولا يزاد عليها ولا يحط منها وفي حالة النقصان للمستأجر الخيار في فسخ العقد. ٢- فإذا سمي في العقد أجر كل وحدة فإن المستأجر يلتزم بالأجر المسمى للوحدات الزائدة ويلتزم المؤجر بحط الأجر المسمى للوحدات الناقصة، وللمستأجر خيار الفسخ في الحالتين. ٣- على أن مقدار النقص أو الزيادة إذا كان يسيراً ولا أثر له على المنفعة المقصودة فلا خيار للمستأجر.
- المادة (٨٤٨) : ١- للوكيل بشراء شيء دون بيان قيمته أن يشتريه بثمن المثل أو بغبن يسير في الأشياء التي ليس لها سعر معين. ٢- فإذا اشترى بغبن يسير في الأشياء التي لها سعر معين أو بغبن فاحش مطلقاً فلا ينفذ العقد بالنسبة للموكل.

[٢] يظهر ذلك في عدد من أحكام مجلة الأحكام العدلية ضمن نصوصها التي تتفق والقانون المدني الأردني (شبكة قانوني الأردن (٢٠١٢)، نصوص وأحكام مجلة الأحكام العدلية المتفقة مع القانون المدني الأردني أو التي تشكل حكما جديدا به، عمان : شبكة قانوني الأردن، ص ٤١٤ وما بعد) مع ملاحظة أن النصوص أدناه لا تنطبق على فكرة تدرج الخطأ انما يستدل بها كقرينة على أن المشرع في حينها كأن يضع في حسابه حالات معينة يتخذ منها طابعاً واقعياً يبني عليه حكمه:

وما أراه، أن الخوض في جدل بين ما إذا كان القانون المدني الأردني قد أخذ بنظرية تدرج الخطأ من عدمها هو إضاعة لروح السؤال الحقيقية. وما كان عنوان هذا المطلب بما سمي به إلا لغاية استهداف الخطأ الجسيم كحالة واقعية تستفز سؤالا قانونيا مصيره يقع بالنفي أو الإيجاب لمدى أخذ القانون المدني الأردني للخطأ الجسيم كحالة من حالات الخطأ التي يضع لها أحكامها الخاصة.

والنتيجة كما أرى أن المشرع الأردني في قانونه المدني قد أوجد الخطأ الجسيم كحالة واقع تفرض نفسها بقوة النص لا بتأويل الفقه. فالنص يضع للخطأ الجسيم أو الإهمال الجسيم اعتباراً وكفى بذلك إجابة على ما دار من تساؤل في بداية هذا المطلب.

اذن، بعد أن تعرفنا على مسيرة الخطأ الموصوف (نظرية تدرج الخطأ) في الأزمان القانونية المختلفة ووصولا إلى الإقرار بكون الخطأ الجسيم قد فرض نفسه كحالة واقع لا جدال فيها في القانون المدني الأردني. يبقى التساؤل قائما حول المعيار الذي استنه هذا المشرع لنفسه في تحديد قوام هذا الخطأ؟ فمتى يعتبر الخطأ جسيماً ؟ ومتى يعتبر مجرد خطأ عادي أو أي أمر آخر؟ وهل يستقيم ما خلص المشرع الأردني إليه مع الفقه والنصوص القانونية الحديثة؟

- المادة (٣٥٣): "إذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وأمثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرفصح البيع وإن كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً ".
- المادة (٣٥٤): "البيض والجوز وما شاكلهما إذا ظهر بعضها فاسداً فما لا يستكثر في العادة والعرف كالاثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً. وإن كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري رد جميعهللبائع واسترداد ثمنه منه كاملاً ".
- المادة (٧٨٩) تقرأ مع المادة السابقة لها لفهم دلالة النص: "إذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعة بحيث لا يمكن تفريق احد المالين عن الآخر. مثلاً إذا تهرأ الكيس الذي فيه دنانير الوديعة داخل صندوق فيه دنانير أُخر للمستودع مماثلة لها فاختلط المالان اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قد حصته وبهذه الصورة إذا هلكت أو ضاعت بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان".

* * * * *

المبحث الثالث

معيار تحديد الخطأ الجسيم

إن مجرد تحديد فكرة الخطأ الجسيم بكونه انحرافا عن الهدف الأساسي للتنفيذ أو بكونه إهمالا كبيراً لا يرتكبه الشخص الأقل حرصا يصلح كأداة لتعريف مفهوم الخطأ الجسيم دون أن يكون مقبولا في بيان جزئية متى يعتبر الإهمال كبيرا ومتى يعتبر التحرز غير كافيا.

فهل هنالك معيار محدد يتم من خلاله اعتبارالخطأ جسيماً ؟ وهل هناك أداة أو مقياس يعتبر من خلالها فعل المدين تقصيرا مقترنا بالإهمال أو عدم التحرز الكبير؟

إن الإجابة على هذه الاسئلة تتطلب منا بيان المعيار الذي يقوم عليه الخطأ الجسيم، وفي ذلك فقد اختلف الفقه في وضع معايير محددة لتحديد كون الخطأ جسيما أو لا، سأحاول اختزالها في ثلاثة معايير [١] الأول شخصي والثاني موضوعي والثالث معيار مختلط بين المعيارين السابقين. وأتبع ذلك بالاجتهادات التي ذهبت إليها محكمة التمييز الأردنية الموقرة محاولا فيما بعد تحديد الموقف الذي اتبعه المشرع الأردني في تأصيل الخطأالجسيم مرجحا في ذات الوقت معياراً محدداً يمكن الرجوع إليه في هذه الجزئية.

وعلى ذلك، فإن هذا المبحث سينقسم مبحراً في المطالب التالية:

- المطلب الأول: المعيار الشخصي في تحديد الخطأ الجسيم.
- المطلب الثاني: المعيار الموضوعي في تحديد الخطأ الجسيم.
- المطلب الثالث: المعيار المختلط في تحديد الخطأ الجسيم.
- المطلب الرابع: موقف المشرع الأردني.

---

(1) هنالك معيار رابع في تحديد الخطأ الجسيم يقوم على أساس مقدار الخطأ وخطورته وقد ارتأيت عدم الجدوى من ذكره بسبب عدم إنتاجيته وأفول أثره لدى جموع الفقه. انظر: د.نوري خاطر، مرجع سابق، ص٦٣-٦٥.

المطلب الأول

المعيار الشخصي في تحديد الخطأ الجسيم

إن القول بارتباط الخطأ الجسيم بمعيار شخصي يكون بناءً على علم المتعاقد بأن فعله أو امتناعه الإرادي قد يرتب وفقا لمقتضيات الأمور الطبيعية ضررا يصيب الدائن أو محل الالتزام، وبرغم ذلك يستمر هذا المدين في ارتكاب الفعل أو الامتناع دون مبالاة بالنتيجة الضارة التي من الممكن أن تنتج عن فعله هذا، ذلك دون أن يقصد النتيجة بحد ذاتها [١].

وعليه، ووفقا لهذا المعيار، فإن الخطأ الجسيم يختلف عن الغش في أن الأول عبارة عن مضاربة في النتيجة مع تمني عدم حصولها [٢]. على عكس ذلك الأخير الذي هو تعمدٌ بقصد الإضرار أو على الأقل بقصد بذل أقل التزام في مقابل أعلى ربح [٣].

ويظهر جليا أن هذا المبدأ يقوم على الاعتبار الشخصي لمفهوم الجسامة؛ فالشخص وفقا لهذا المعيار لا يعتبر أنه قد اقترف خطأ إلا إذا تحرك ضميره نحو الشعور بذلك. حيث يذهب مناصرو هذا المعيار بشدة نحوه، فالشخص الذي يقصد الإضرار أو الذي يعي أن فعله سيقود إلى ضرر محقق ثم يقدم على ارتكابه يكون بذلك قد اقترف خطأ عمديا (غشا)، أما إذا توقع هذا الشخص الضرر فقط ولم يرد النتيجة بل كان يتمنى عدم حصولها يكون إزاء خطأ جسيم [٤].

فالأساس إذن في هذا المعيار يقوم على الإدراك والعلم؛ حيث يدرك الشخص خطأ اختياره ويعلم بإمكانية حصول الضرر دون أن يريد وقوعه. وذلك على خلاف الخطأ البسيط الذي ينتفي به عنصر الإدراك وما يستتبع ذلك من انتفاء لعنصر العلم. فالخطأ البسيط في هذا المقام لا يعدو

---

(١) الحامدي، براق (٢٠٠٤)، اتفاقات تعديل مسؤولية متعهد نقل البضائع بالحاويات، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة بغداد، العراق، بغداد، ص٩٩. (منشورة عبر الانترنت).

(٢) المرجع نفسه، المرجع نفسه، ص١٠١.

(٣) يفرق بعض الفقه في هذا الإطار ومنهم الدكتور نوري خاطر بين مفهوم الخطأ العمدي والخطأ الجسيم والغش، وأرى أن الخطأ العمدي على نحو ما سيرد لاحقا قد يكون وجها من وجوه الخطأ الجسيم كما يمكن ان يكون وجها من وجوه الغش.

(٤) خاطر، مرجع سابق، ص ٦٦.

كونه هفوة بسيطة غير مؤثرة بل ويمكن إصلاح آثارها على الفور من قبل الملتزم بأدائها أصلا. حيث أنه لو عرف بوجود خطئه لقام بتصحيحه من تلقاء نفسه.

وينقل بعض الفقه في هذا الشأن عبء تفحص جسامة الخطأ إلى القاضي المكلف بتفحص نفس الفاعل ودراسه حالته النفسية وسبر مكنوانته الشخصية وما تخفى في صدره. بغية الكشف عن القصد السيء أو المتعمد للمدين (١).

ورغم وجاهة ما تقدم، بل وعدالته في أجزاء عديدة منه إلا انه لم يسلم من سهام النقد؛ فقد وصف هذا المعيار بعدم اتزانه، ذلك أننا في صدد وضع معيار لتحديد الخطأ الجسيم ومن غير المعقول أن نعود مجددا لنبحث عن معيار جديد لنحدد به تصرف المخطئ لنحكم بالتالي على تصرفه بأنه يمثل خطئا جسيما أم لا. وتلك دائرة مغلقة لا نهاية لها (٢).

من جهة أخرى، فإن مسألة الوعي والعلم والإدراك والتي تمثل معاييراً شخصية تختلف من شخص إلى اخر، تلقي بعبء كبير على الدائن إذا ما كان مكلفا بالإثبات وفقا للقواعد العامة للإثبات. والأجدر أن يقوم المشرع بإيراد نص صريح يضم قرينة الخطأ إلى المدين الذي يكون له الدور في نقضها بكافة وسائل الإثبات. أيضا، فإن معايير هذه النظرية تمثل الجزء الأكثر غموضا من شخصية الإنسان فهي تقبع في دفائن النفس العميقة بعيدا عن الواقع القريب (٣).

كل ذلك دفع الفقه إلى البحث عن معيار آخر يمكن من خلاله تحديد كون الخطأ جسيما أم لا، ممثلا ذلك بالمعيار الموضوعي.

* * * * *

---

(١) سوار، مرجع سابق، ج٢، ص٥٩.

(٢) خاطر، مرجع سابق، ص٦٧.

(٣) المرجع نفسه، ص٦٧.

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي في تحديد الخطأ الجسيم

"يقاس الخطأ الجسيم - عند بعض الفقهاء - بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي، وهو معيار الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة هامل الهمة فينزل إلى الحضيض. فيكون الخطأ جسيما إذا كان مرتبكه قد ابتعد كثيرا عن المسلك الذي يتوقع من الشخص المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف الفاعل الخارجية. فلكي نصف الفعل غير المشروع بأنه خطأ جسيم يجب القول أن الرجل المعتاد الذي وجد في نفس ظروف الفاعل الخارجية، يتوقع مدى الانحراف في مسلكه وأن تصور النتائج الضارة لفعله أمر مؤكد أو قريب الاحتمال عليه، وهكذا تكون جسامة الخطأمرًا ً ظاهرا ً إذا لم يتخذ المسؤول العناية المعتادة المطلوبة من الرجل المعتاد الذي يهتم بالاحتمال الكبير للنتائج الضارة التي يمكن أن تلحق بالغير نتيجة لفعله، فكلما زاد توقع الضرر -بالمقياس المجرد- كلما زادت جسامة الخطأ. بمعنى آخر أنه كلما كان الرجل المعتاد، الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية للمسؤول ومهنته، يثور لديه احتمال وقوع ضرر من تصرفه أو فعله، فإننا نكون بمواجهة خطأ جسيم" [١].

وعلى ذلك، فإن إتجاهاً يذهب إلى وضع معيار مجرد للخطأ الجسيم مقتربا في ذلك من فكرة الخطأ الأخلاقي كفكرة مجردة يحتاط بشأنها الرجل العادي؛ حيث أن الإخلال اتجاه هذا الالتزام الأخلاقي مفترض الوجود، إنما ينم عن انحراف جسيم في سلوك المدين بما يضمه ذلك من إهمال لا يصدر من رجل معتاد في أواسط المجتمع [٢].

وقد تباينت في هذا الشأن تحليلات الفقه للأساس الواقعي الذي يُبنى عليه الخطأ الجسيم، فمنهم [٣] من ذهب نحو قياس هذا المبدأ وفق عدة أسس مختلفة كتكرار الخطأ أو طبيعة الضرر

---

[1] خاطر، مرجع سابق، ص٦٨.

[2] الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، هندة قاسم، ندوة بعنوان :أثر المسؤولية على المتضررين من حوادث الطرقات، تونس - تونس، ٢٠١٠، ص٢٣ (منشور من خلال الانترنت).

[3] خاطر، مرجع سابق، ص٦٨- ٧٢.

أوجسامته ..الخ. في حين يذهب آخرون [١] نحو حصر هذا المبدأ بفكرة التجريد البسيط ممثلا ذلك بخرق معيار الرجل المعتاد. فيما اتجه البعض من الفقه الأمريكي بالتخصص داخل فكرة الرجل المعتاد ومقربين الأمر أكثر نحو ماهية فكرة (السوق العام) أو بمعنى أبسط –مع المفارقه- نحو ما يدخل تحت تقويم المقومين في تعبيرنا القانوني في الأردن، وعليه فإن هذا الجانب يرى أن الإخلال المتعمد أو الجسيم للعقد ينبثق من إشكالية محددة قوامها سؤال واضح (هل ما قام به المتعاقد منطقي عند العوام من ذوي الاختصاص الواحد أو من ذوي المهنة الواحدة؟) [٢].

ويتفق معظم الفقه الإسلامي [٣] مع هذا المعيار لوصف الخطأ الجسيم (الخطأ الفاحش) ويمثلون عليهبذاك الخطأ الذي يرتكبه الطبيب حينما يقوم بشق رأس المريض شقا لم تَجْرِ عليه العادة ولم يجزه خيرة الأطباء، الأمر الذي يرتب وفاة المريض بما يرتب تباعا قيام موجب الضمان على الطبيب بوصفه قد خرج خروجاً غير معتادٍ عن الأعمال التي يراعيها الطبيب الحاذق في مهنته [٤].

ورغم وجاهة التقسيم الذي ساقه الاتجاه الأول والحاجة إليه بشكل واقعي، إلا أنه يبقى تقسيما مُعدلللحَالات قد تضيق أحيانا وتتسع في أحيانٍ أُخرى. وهو بذلك قد لا يكون صالحا لكل زمان. ناهيك عن مسألة انطباق أحد الأفكار أو التقسيمات على الخطأ الذي ارتكبه المدين في حين عدم

---

(1) تبنى المعيار الموضوعي المجرد وفق ما يفهم من السياق الفقه بوتيه، مشار إليه في: دسوقي،مرجع سابق، ص٣٥٦. وتبناه ايضا د.محمد وحيد الدين سوار، انظر: سوار، مرجع سابق، ص٣٧٩.

(2) A. Posner, Eric (2009), FAULT IN CONTRACT LAW, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol.107:1431, p1433.

- حري بالاشارة في هذا الصدد أن مجلة الأحكام العدلية قد وفرت حلا مشابها لهذا الحل –رغم تباعد المفهوم القانوني- فيما يسمى بنقصان الثمن، وبرأي المجلة (المادة ٣٤٦ وما يتلوها) فان الفارق ما بين الثمن قبل وقوع الضرر والثمن بعد وقوع الضرر هو الفيصل في تحديد نوع الضمان. وهو ما يمكن تطويره ليصبح قائما على اساس ان الفرق الكبير في القيمة ما هو إلا دلالة واضحة على انتهاك جسيم لأحكام العقد.

- انظر في تفاصيل النصوص: مجلة الأحكام العدلية لعام ١٨٧٦، منشورات نقابة المحامين الأردنين. ايضا: شبكة قانوني الأردن، نصوص وأحكام مجلة الأحكام العدلية المتفقة مع القانون المدني الأردني أو التي تشكل حكما جديدا به، مرجع سابق، ص٤٢٧.

(٣)بناءً على ما ورد في: الزبيدي، مرجع سابق، ص٩.

(٤) المرجع نفسه، ص٩.

انطباق بقيتها عليه، بل وتشكيلهفعلا مغايراً لما جاء في تقسيم آخر، وما يثيره هذا الأمر من إشكال في كون الفعل يشكل إخلالا أم لا.

وإعمالا لذلك، يتجه جانب من الفقه إلى الالتفات أولاً نحو مهنية مرتكب الخطأ وهل هو من أصحاب الاختصاص أم لا؛ حيث تلعب المعرفة الفنية للمدين باعتبارها ظرفا مؤثرا في سير عملية تنفيذ العقد دورا لا مجال للتقليل من شأنه في تقدير مسلك المدين ودرجة خطأه؛ فالتخصص يفترض به درجة أعلى وأكبر من الإلمام على المستوى الفني لشخص المدين. وعلى تلك الخطى، ينطلق هذا الجانب من الفقه في اعتبار درجة تخصص المدين في مهنة أو مجال معين مُحددا أوليا لدرجة خطئه فكلما ارتفعت درجة التخصص وجب على المدين التزام درجة أكبر من العناية والتبصر في تنفيذه لالتزامه. وعليه، يصبح القياس بشأن ذاك المدين لمحترف بناءً على المحترفين من أقرانه لابناءً على تصرف الرجل العادي في تخصصه [١]. ومثال ذلك أن من المفهوم والمعتاد تباين درجة جودة ساكبي المعادن بمعايير معينة وبسيطة وهم في خضم صنع أواني الطبخ، إلا أن ذلك التباين البسيط قد يكون مسببا لخرق أو خطأ جسيم في تنفيذ الالتزام إذا وقع من العاملين في مجال سكب غرف الاحتراق الخاصة بمحركات السيارات؛ حيث أن أقل انحراف بها يؤثر على عملية الاحتراق بأكملها ويضر بسمعة الشركة المنتجة.

ويترتب من ثم على ذلك، أن الفعل أو التصرف الذي قد لا يمثل إشكالية حقيقية لدى المدين العادي في الأمور التي لا تتطلب احترافا أو إتقانا معينا، تصبح أمرا لا يستهان به بل ويتوجب به الدقة المفترضة من المدين الذي اكتسب صفة الاحتراف. هذا فيما قد يصل الأمر في بعض الحالات إلى انقلاب مسؤولية المدين في هذه الحالة من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية، أقل انحراف عنها يمثل خطأ جسيما [٢].

وعلى ذلك يذهب بعض الفقهمدافعاً عن فكرة موضوعية الخطأ الجسيم، على اعتبار أن الخطأ الجسيم إنما هو سلوك مخالف للظروف والتصرفات المألوفة، فلا يمكن لأي شخص عادي أن يقوم به أو أن يقع به. وبهذا فإن هذا الجانب من الفقه المدافع عن فكرة موضوعية الخطأ الجسيم يرى أن أي خطأ لا يمكن أن يندرج تحت مسمى الخطأ الجسيم إذا كان من الأخطاء دائمة الوقوع

[1] عبدالرحمن، أحمد (٢٠٠٣)، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، القاهرة: المؤلف نفسه، ص٧.

[٢] المرجع نفسه، ص٤٩-٥٠.

أو معتادة الوقوع، حتى وإن اتسمت تلك الأخطاء بجانب من الشدة ما دام أنها معتادة متصورة. فالخطأ الجسيم عندهم هو ذاك الخطأ الذي يتخذ من ذاته تصرفا مغايرا غير متصور [1].

وإنني أرى بذلك أن هذا الجانب من الفقه قد غالى في بعده الموضوعي ونظرته إلى الخطأ الجسيم، فهذا النهج الفرعي وإن كنت أرى موضوعيته وأقر من ثم بها في إطار الحديث عن موضوعية الخطأ الجسيم، إلا أنني لا أتفق مع تلك المباعدة الشاسعة في معياره. فالخطأ الجسيم هو الخطأ الجسيم بموضوعه لا لعدم تصور أفعاله أو اعتياد تكراره. فتصنيع منتجات معينة باستخدام معادلات خاطئة كليا لا يقع بها الشخص العادي عادة فهو خطأ جسيم سواء كثر تكراره أم لا. والقول بغير ذلك يعني إيجاد ثغرة قانونية يمكن للمدين الاستفادة منها للخروج من أحكام ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية.

وعليه، فإنني أرى أن الاتجاه الذي ذهب نحو حصر هذا المعيار بفكرته الأولى المحددة أصلا بمعيار موضوعي هو الرجل المعتاد، هو الأنسب والأجدر بالتطبيق. وتبرز سهولة إعمال هذا المبدأ وإثباته من الناحية العملية من خلال اعتماد الخبرة كوسيط فاصل في هذا الموضوع. حيث يمكن للخبير من أهل الإختصاص في موضوع القضية المعروضة ونوع العقد المتنازع عليه أن يحدد فيما إذا كان خطأ المدين يشكل خطأ جسيما أم لا وفق معيار موضوعي يضع الحدود الدنيا التي لا يمكن أن يتجاوزها الرجل المتوسط في هذه الحالة. وهو الأمر الذي يجنب القضاء في ذات الوقت مغبة الدخول في افتراضاتٍ ومعايير قد لا تناسب موضوع القضية أو العقد باختلاف الزمان والمكان الخاص بهذه القضية.

أخيرا، فيعاب على هذا المعيار عدم عدالته في بعض الأحيان، حيث أن الأخذ بفكر موضعي مجرد أساسه الرجل المعتاد قد يشكل ظلما لأحد أطراف العقد في لحظة من اللحظات. فمن يتعاقد مع شخص خبير في مجال معين يقصد بذلك الحصول على نتائج مختلفة يكون وإياها الرجل المعتاد في هذا المجال غير قادر على تحقيقها. وبذلك فإن المعيار المطلوب هنا يغدو معيارا شخصيا لا موضوعيا، هذا مع الاخذ بعين الاعتبار أن درجة التخصص بحد ذاتها ترقى بفكرة الرجل المعتاد وصولا الى ذاك الشخص من ذات درجة الاختصاص، إلا أن ما هو مقصود بمُقَدَمِ هذه الفقرة هو ما يخالج النفس البشرية المتخصصة من نظرة وحرص في الإتقان لا يمكن قياسه بمعيار رجل عادي من ذات الاختصاص.

---

[1] الزبيدي، مرجع سابق، ص٦ - ٧.

وإن ما تقدم على هذا النحو، يقودنا حتما نحو ضرورة ملحة قوامها الالتجاء –ربما- إلى معيار جامع بين المعيارين سالفي الذكر.

* * * * *

المطلب الثالث

المعيار المختلط في تحديد الخطأ الجسيم

إن الإشكالية التـي دارت حـول المعيـار الموضـوعي ومـا تتطلبـه بعـض الحـالات مـن إعمـال المعيار الشخصي لتحديد حالة الخطأ الجسيم من عدمه، قادت بعض الفقه وبعض المشرعين إلـى المناداة بجمع كلا المعيارين (الشخصي والموضوعي)؛ حيث يتم إعمـال أحدهما أو كليهمـا كلمـا كان ذلك ممكنا ووفق الحاجة لذلك.

ففي حين يمكن الاكتفاء بالمعيار الموضوعي في المسائل العادية العامـة يغدو إعمـال المعيـار الشخصي لازمـاً إذا كانـت شخصية المدين محل اعتبـار أو إذا كانـت طبيعـة الخطـأ تتخذ منحنـى شخصياً بأبياً . في حين يتم اللجوء إلى كلا المعيارين سويا فـي حالـة الجزاء ذو الطبيعـة الخاصـة ممثلاً ذلك بفكرة الشرط الجزائي مثلا، والتي تذهب في جوهرها من المطالبـة بمـا يعـادل الضـرر الواقع فعلا إلى المطالبـة بالضـرر الخـاص الـذي ألحقـه المـدين بإهمالـه وتقصـيره غيـر المبـرر[١]. والأصل في هذه الحالة الأخيرة –الشرط الجزائي- أنـه أداة لإثبـات المقدار المتوقـع للضـرر عـادة من قبل الأطراف وللقاضي أن يعدل في قيمته بما يناسب الضرر الواقع فعلا [٢]، إلا أنه ووفقا لهذا السياق يغدو عنصرا من عناصر إعمال الجمع بين المعيارين (الشخصـي والموضوعي) في سبيل جبر الضرر الإضافي الذي سببه إهمال المدين وذلك من خلال النظـر إلـى طبيعتـه وشخصـه ومـا تضـمنه ذلـك مـن تصـور للنتـائج التـي قـد يسـفر عنهـا بعـد أن نكـون قـد تجاوزنـا حـدود المعيـار الموضوعي الذي أقر بالخطأ ابتداءً.

---

[١] خاطر، مرجع سابق، ص٧٢-٧٣.

[٢] يراجع في ذلك المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني والتي تنص:

١) يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

٢) ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل فـي هذا الاتفاق بمـا يجعل التقدير مساوياً للضـرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

إذن فإن هذا المعيار كما تقدم يجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي في حالة تتيح للقاضي التخير في انتقاء المعيار الذي يريده كلما كان ذلك في مصلحة الدائن بوصفه متلقيا للضرر وأولى بالتعويض، ففي الوقت الذي يتحقق به الخطأ الجسيم بمجرد تطبيق أحد المعايير لوحدها نكون إزاء خطأ جسيم وإلا فإن للقاضي البحث في إشراك كلا المعيارين معاً في سبيل استيضاح وجود الخطأ الجسيم من عدمه. وهذا على خلاف ما ينادي به بعض الفقه [١] من وجوب الأخذ بهذا المعيار بصورته الضيقة المتمثلة بضرورة الجمع المطلق والدائم بين المعيارين في سبيل تحليل الخطأ. وتعليل ذلك أن هذا المعيار المُجتَمِع جاء نتيجه الانتقادات التي طالت المعيارين السابقين. والأولى خلق معيار جديد يجمع بين مزايا المعيارين دون أن يكون في حد ذاته مدعاة لانتقاد جديد قائم على الأساس الذي أدى إلى ابتكاره.

لكن، ما هو رأي المشرع في الآراء والاتجاهات الثلاثة المتقدمة؟ هل يتخذ المشرع الأردني لنفسه في القانون المدني مسارا او نهجاً معيناً ؟ أم ان المعيار متقلب غير واضح في هذا القانون؟

* * * * *

---

(١) خاطر، مرجع سابق، ص٧٣.

المطلب الرابع

موقف المشرع الأردني

نأى المشرع الأردني -في القانون المدني-بنفسه بعيداً عن اتخاذ معيار واضح يسوقه في عتبار معيار واضحٍ للخطأ الجسيم، هذا على الرغم من إيراده لبعض التطبيقات التي أخذ بها بضرورة توافر الخطأ الجسيم ليقيم حكمه التالي.

ففي المادة (٣٥٨) من القانون المدني أتى المشرعضمناً على ذكر الخطأ الجسيم بوصفه أحد موانع الإعفاء من المسؤولية العقدية حيث قال:

١. إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

أيضا المادة (٨٩٠) من ذات القانون والتي أتت على ذكر الخطأ الجسيم أيضا في سياق حديثها عن ضمان الودائع التي يضعها النزلاء في الفنادق والخانات على نحو ما يلي:

١. يعتبر إيداع الأشياء الخاصة بالنزلاء في الفنادق والخانات أو ما ماثلها مقروناً بشرط الضمان وعلى أصحاب هذه الأماكن ضمان كل ضياع أو نقص يحل بها.

٢. أما الأشياء الثمينة أو النقود أو الأوراق المالية فلا ضمان لها بغير تعدٍ أو تقصير – إلا إذا قبل أصحاب المحال المشار إليها حفظها وهم يعرفون قيمتها أو أن يرفضوا حفظها دون مبرر أو أن يكونوا قد تسببوا في وقوع ما لحق بها بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم، فإنها تكون حينئذٍ مضمونة على الوجه المتعارف عليه.

وإن المُلاحِظ لِهذه النصوص يجد أن المشرع قد أهمل الإشارة بشكل مباشر إلى المعيار المتبع من قبله في تحديد كون الخطأ جسيما أم لا. فهو وإن كان يقر بوجود هذا النوع من الخطأ إلا أنه

لا يلتفت إلى معيار محدد يبني عليه حكمه هذا. ولعل ذلك يعود إلى ما أشار إليه الدكتور السنهوري حينما جاء على ذكر الخطأ الجسيم وأنهى النقاش مبكرا بشأنه معتبرا إياه جزءا من نظرية قد أفل أثرها وخفت بريقها وفقا لاجتهادات عديدة لمحكمة النقض الفرنسية [١]. ولعل المشرع في ذلك الصدد في إطار اعداده لمسودة القانون المدني قد انتهج منهجا مماثلا للذي أشار إليه الدكتور السنهوري والذي سبق وأن اشرنا إليه مبينين موقف المشرع الأردني من نظرية تدرج الخطأ [٢]؛ فرغم أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بأفول نجم هذه النظرية إلا أن المشرع الفرنسي نفسه عاد وأخذ بها بصورة بسيطة غير معرفة على وجه الدقة في تشريعه المدني مجددا [٣]. فلربما أن هذا ما يفسر الغموض الذي صاحب معيار الخطأ الجسيم لدى المشرع الأردني والذي نقل بعض نصوصه أو استوحى أثرها على أقل تقدير من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري [٤] والذين كانا بدورهما وليدي اقتباسات مأخوذة عن قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي تم اقتباسه سابقا من نصوص القانون المدني الفرنسي [٥] أو تم اقتباسها مباشرة من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الألماني مثلما حصل مع القانون المدني المصري [٦].

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن إمكانية استدلال الوجهة التي قصدها المشرع في تحديده للخطأ الجسيم ما تزال ممكنة من خلال الاستقراء التحليلي للنصوص أعلاه. فالمشرع في المادة الأولى (المادة ٣٥٨) يتحدث في إطار التزام عقدي عام وما قد يصحب ذلك الالتزام من خطأ جسيم يمنع المسؤولية من الإعفاء. وهو في ذلك يعتمد معياراً موضوعيا مجرداً ؛ إذ أنه أسس للمسؤولية العقدية ابتداء من خلال الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بتحقيق غاية وهي معايير موضوعية عامة

---

(١) السنهوري، مرجع سابق، ص٦٦٢.

(٢) يراجع في ذلك المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الرسالة.

(٣) السنهوري، مرجع سابق، ص٦٦٣-٦٦٥.

(٤) تقابل المادة ٣٥٨ من القانون المدني الأردني المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري والمادة ٢١٨ من القانون المدني السوري، ذلك وفق ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني.

(٥) ملحم، محمد (كانون الأول،٢٠١١)، التطور التاريخي للقانون المدني الأردني، مركز دراسات جريدة الرأي الاردنية، تاريخ المشاهدة ٢٠١٣/١٠/٥: http://www.alrai.com/article/6286.html.

(٦) مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص١١١.

[(١)]. وهو الأمر الذي يقودنا بالتالي إلى أن المشرع قد بنى إطار قيام مسؤوليته على هذا المعيار من حيث الأصل. فهو ينظر إلى المسؤولية بمعيار الرجل المعتاد أثناء بذله للعناية اللازمة أو أثناء محاولة تحقيقه للهدف المنشود. وإن القياس المطلوب لهذا المعيار وفق آلية الرجل المعتاد إنما يُستخدم أيضا في قياس المسؤولية الناتجة عن هذا الالتزام وتحديد مدى جسامتها من عدمه.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن المشرع يسوق المعيار الموضوعي كمرجعية يبني عليها حكمه في كون الخطأ المرتكب جسيما أم لا. فهل هذه النتيجة تتفق مع ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية أيضاً؟

الحقيقة، أن العديد من القرارات التي بنيت على أساس الخطأ الجسيم أظهرت بها محكمة التمييز –بحسب اطلاعي- الميل نحو استقرار قضائي يذهب في صالح إقرار المعيار الموضوعي كمعيارٍ لتتبع كون الخطأ المرتكب يمثل خطأ جسيما أم لا. وهي بذلك توافق المشرع في ما ذهب إليه بشكل ضمني. وفيما يلي بعض القرارات [(٢)] التي أخذت بها المحكمة الموقرة بالمعيار الموضوعي بشكل ضمني:

"إن تقديم الاستئناف التبعي لا يخضع لأي رسم ولا يتطلب القانون سوى تقديمه خلال مهلة تبليغ لائحة الاستئناف الأصلي وبالتالي فإنه رغم مرور مهلة الطلب الاستئنافي الأصلي فقد كان بإمكان المحامي الوكيل أن يتقدم باستئناف تبعي، وإذا لم يفعل فإن ذلك يعتبر من جانبه خطأ جسيما وإخلالا بالتزامه القانوني كوكيل ببذل عناية الرجل المعتاد (المحامي المعتاد) بهذه الأمور مما يوجب المسؤولية بالتعويض عما يترتب للموكل من ضرر" [(٣)].

وفي هذه القضية قررت المحكمة أن الإخلال الكبير بقواعد وأصول مهنة المحاماة من قبل المحامي المزاول وفق ما هو معتاد ومعتبر لدى المحامي المعتاد والذي هو بدوره معيار موضوعي يعد خطأ جسيما. كما ذهبت في قضية أخرى إلى:

[(١)] المذكرة الايضاحية للقانون المدني، المادة ٣٨٥.

[(٢)] في هذا الصدد اشير إلى ان القرارات التي فصلت بها محكمة التمييز حول اساس الموضوع المتمثل بنص المادة (٣٥٨) من القانون المدني قليله للغاية، الا ان القرارات (الحقوقية) التي تناولت بها المحكمة الموقرة الخطأ الجسيم عموما كبيرة جدا وترجع في معظمها إلى مرجعية وأساس واحد هو فكرة المسؤولية المدنية اجمالا.

[(٣)] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٦/٢٣٥٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٨/٨ - منشورات شبكة قانوني الأردن.

"يتمثل الخطأ الجسيم من جانب المدعى عليها بتكليفها المدعي العمل على شبكات الضغط المتوسط رغم عدم خضوعه للتدريب عليها وعدم فصل التيار الكهربائي عن خطوط الضغط المتوسط ..." [١].

أما في هذا الحكم فقد ذهبت محكمة التمييز الموقرة إلى أن رب العمل في وضعه المعتاد وتصرفه الموازي للطبيعة يلتزم بالحفاظ على سلامة مستخدميه وعدم تعريضهم للخطر. وحيث أن رب العمل في هذه القضية لم يتقيد بذلك بل وبالغ في حدود خطئه بعدم فصله للتيار الكهربائي عن خطوط الضغط العالي أثناء عمل المدعي فإنه بذلك يكون قد ارتقى بخطئه حد الخطأ الجسيم. وهنا تقر المحكمة الموقرة مجددا بالمعيار الموضوعي عبر فكرة الرجل المعتاد وما يأتيه. وفي حالة أخرى ذهبت إلى ما يلي:

"إذا كان سبب سقوط المصعد يعود إلى أن الخطاف والبكرة الحديدية المثبتة للغرفة قد انفكت لواقطها. وأن مسؤولية المميزة التأكد من أن جميع أجزاء المصعد مثبتة حسب الأصول . أما إذا لم تكن كذلك فإن واجبها منع استعمال المصعد أما الشهود والذين رجحتهم محكمة الموضوع ومنهم من تم الاستماع إليهم في القضية التحقيقية (الجزائية) فقد أكدوا أنه طلب من المرحوم استعمال المصعد. فإن فعل المميز هو من قبيل الخطأ الجسيم والذي يترتب عليه التعويض استنادا إلى الفعل الضار عملا بالمادة (٢٥٦) من القانون المدني"[٢].

في هذا الحكم وعلى غرار ما سبق قرت المحكمة الموقرة مجدداً بالمعيار الموضوعي أساسا لتقدير حالة جسامة الفعل؛ وذلك باعتبارها أن فعل المدعى عليه الماثل في هذه القضية إنما ينصرف في طبيعته إلى ما يخالف تصرف وفعل الرجل المعتاد بمراحل كبيرة. أدت في نهاية المطاف إلى إزهاق روح المدعي. وفي اجتهاد آخر لذات المحكمة قضت بما يلي:

"إذا كان العطل الفني سببا في تدهور المركبة الإنشائية العائدة للمدعى عليها ووفاة سائقها أثناء قيادته لها ناشئ عن عدم قيامها بصيانتها وتجهيزها فنيا، فإن ذلك يشكل خطأ جسيما من جانبها مستمد من الخبرة وهي بينة قانونية مقبولة لتحديد سبب الحادث، وإن اعتماد المحكمة المذكورة لتلك البينة من المسائل التي تستقل بتقديرها ولا معقب عليها في هذا الشأن، وإذا كانت

---

[١] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٨/٢٨٨٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٢ – منشورات شبكة قانوني الأردن.

[٢] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٥/٢٥٠٤ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/١/٢٦ – منشورات شبكة قانون الأردن.

المميزة ليست مسؤولة عن ضمان إصابة العمل العادية، لاشتراك مورث وقريب المميز ضدهم حال حياته في الضمان الاجتماعي، فهي مسؤولة وفقا لأحكام المواد (٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٦٧) من القانون المدني طالما أن إصابة العمل اللاحقة به ناشئة عن خطأ جسيم من صاحب العمل بالمعنى المقصود في المادة (٣٦) من قانون الضمان الاجتماعي رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١"[١].

في هذا الحكم ذهبت المحكمة سريعاً إلى الالتجاء نحو الخبرة كأساس موضوعي لتحديد مدى جسامة الفعل، وهو ما بادرت به أثناء مناقشتي للمعيار الموضوعي في آلية تقدير الخطأ الجسيم.

وبذلك يتضح لي أن كلاً من المشرع والقضاء الأردني، قد انتهيا إلى تحديد معيارٍ موحدٍ في شأن تقدير مدى جسامة الفعل ملتجئين في ذلك إلى المعيار الموضوعي وفكرة الرجل المعتاد.

وأشير أخيرا في هذا الصدد،تمنيَّ على محكمة التمييز الموقرة ومع كل التقدير لدورها أن تتخذ طابعا أكثر مرونة حيال المعيار المتبع لتقدير الخطأ، ذلك إذا ما علمنا أن سلطة القضاء عموما (محاكم الدرجة الاولى) هي سلطة رقابة قانونية لا تقديرية على الخطأ –دون التعويض على نحو ما بينت في المبحث الأول من الفصل الثاني- من حيث تقديره واعتباره وتكييفه، تخضع في مجملها؛ أي سلطة محاكم الدرجة الاولى في تقدير الخطأ، لرقابة محكمة التمييز الموقرة.

وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية لتقول في أحد أحكامها:

"إن وصف الأفعال بأنها خاطئة أم غير خاطئة هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض" [٢].

وباعتقادي فإن الأخذ بالمعيار المختلط وفق المفهوم الذي أشرت إليه في هذا البحث –لا المفهوم الضيق له- هو الأجدر بالاحترام والتقنين وذلك انطلاقا من المميزات الكبيرة التي يطويها

---

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٨/٣١٩٤ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٩/١/٢٨ – منشورات مركز عدالة.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢٨ في الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق.

- مشار إليه في: شعلة، سعيد (بدون تاريخ نشر)، قضاء النقض المدني في التعويض – مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية والشيئية خلال سبعة وستين عاما"، الاسكندرية : دار الفكر الجامعي، ص٢٠.

هذا المبدأ في ثناياه؛ حيث المرونة المطلقة والخبرة القضائية في انتقاء معيار منفرد أو مزودج حسب طبيعة كل قضية. وهو بذلك أقرب إلى العدالة وإحقاق الغاية من الخطأ الجسيم.

وعلى ذلك، وبعد بيان مفهوم الخطأ الجسيم وبيان أصوله التاريخيه ومدى أخذ المشرع الأردني به وما انتهى إليه الحال من وصف للمعايير المتبعة في تحديده. يبقى السؤال قائما حول الأثر المترتب على ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية؟

* * * * *

الفصل الثاني

مدى تأثر المسؤولية العقدية بالخطأ الجسيم

بعد ان تطرقت في المبحث الأول إلى ماهية الخطأ الجسيم من حيث مفهومه وطبيعته القانونية والمعايير المتبعة في تحديده، فإن التساؤل التالي يتمثل بالحكمة التي من أجلها تم تقسيم الخطأ أو على أقل تقدير تم وصف بعض أشكال الخطأ.

فالخطأ لماسا موجبٌ للتعويض والمسؤولية فما الحكمة من الإتيان علىذكر نوع مغلظٍ من هذا الخطأ عبر إضفاء وصف الجسامة عليه. ثم ما هي حدود التعويض في إطار المسؤولية العقدية؟ وما هو الأثر الذي يصنعه تغير الظروف والملابسات المصاحبة على تنفيذ العقد في مدى المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالعقد؟ وهل يمكن لنوع آخر من المسؤولية –خلا المسؤولية العقدية- أن يطبق على العقد؟ وفي حال وجود أثر معين على تلك المسؤولية جراء ارتباطها بظروف معينة أو نوع معين من الخطأ فما هي النتيجة التي يؤول إليها العقد؟ وما هي النصوص القانونية التي تنطبق على العقد في حينها؟

إن هذه الأسئلة وغيرها هي مدار هذا الفصل والذي سأقسمه في هذا الصدد إلى ثلاثة مباحث أساسية هي:

- المبحث الأول: الصفة الناقلة للمسؤولية في الخطأ الجسيم.
- المبحث الثاني: وقت انتقال المسؤولية.
- المطلب الثاني: الأثر المترتب على انتقال المسؤولية العقدية إلى تقصيرية.

المبحث الأول

الصفة الناقلة للمسؤولية في الخطأ الجسيم

ان إخلال المدين بعدم تنفيذه لالتزامه العقدي يعتبر خطأ عقدياً من جانبه. فقيام المسؤولية في هذا الصدد بحق المدين إنما تتحقق بمجرد الإخلال بالالتزام العقدي أيا كانت صورته، سواء تمثل ذلك في عدم تنفيذ الالتزام أو التنفيذ الناقص للالتزام أو التنفيذ المعيب له [١]. وإن الاختلاف في مقدار أو نوع هذا الإخلال أيا كانت صورته أو نوعه أو الظروف أو البواعث التي أحاطت به. لا يؤثر على حقيقة وجود هذا الخطأ حيث تبقى مسؤوليته قائمة ولا خلاف على ذلك؛ حيث يكون التعويض في هذه الحالة العامة المتقدمة وفقا للضرر المباشر المتوقع دون الضرر غير المتوقع [٢].

وإن ارتكاب المدين إهمالا شديدا لا يرتكبه الشخص العادي على نحو ما بينت في الفصل السابق يجعل من فعله هذا مكونا من مكونات الخطأ الذي يرقى إلى مستوى الخطأ الجسيم [٣]. وهو الخطأ صعب التعريف والوصف والذي حاولت إرساء أسسه كما تقدم. وهو على أي حال لا يخرج عن كونهتقصيراً في السلوك يصدر من شخص غير مكترث أو مهمل لا يبالي بأن ما يرتكبه قد يقود إلى وقوع الضرر أو عدم تنفيذ الالتزام، وهو بذلك يحمل في ثناياه شيئا من روح التعمد. فكان أجدر بذلك أن يتحمل المدين مسؤولية إهماله الشديد ذاك في مجابهة الدائن المرهق هنا بثقل الأعباء التي أنتجها تصرف ذاك الأول [٤].

وكان لابد -في إطار البحث عن العدالة- من التساؤل عن الفلسفة القانونية التي تبرر اقتصار التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع فقط؛ حيث يعلل الفقه ذلك برأيين متقاربين. ففي حين يرى الرأي الأول بأن الفلسفة التي تبرر اقتصار التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع فقط تنبثق من مبدأ سلطان الإرادة وما تضمنه من حرية المتعاقدين التي لا يمكن

---

[١] عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٥١٤.

[٢] كساب، مرجع سابق، ص٣٣-٣٥.

[٣] عامر، مرجع سابق، ص٣١٢.

[٤] حبيب، ثروت (١٩٧٢)، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، بنغازي: منشورات الجامعة الليبية، ص٣٧٨-٣٨٨.

تفسير قوامها بعيدا عن رضا وتوقع العاقديّن الذيّن لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعان من الضرر؛ فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ومن ثم فلا تعويض عنه[١]. فيما يذهب تعليل آخر للدكتور السنهوري إلى أن المسؤولية العقدية منبعها العقد وتقوم على أساسه، وقد افترض المشرع بشأن ذلك أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه، وقد افترض المشرع بدوره أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر –في المسؤولية العقدية- مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين. وكأن حال المشرع يذهب إلى اعتبار أن العاقدين قد اتفقا على مقدار مُعَدَلٍ للتعويض يخالف مُقتضى الحال في حال عدم الاتفاق وينزع عن التعويض صفة العمومية المطلقة إلى التخصيص واضعا الضرر المتوقع وحده قواما للتعويض [٢].

إلا أن ذاك الأصل العام يتوارى من ثم في حال ارتباط تنفيذ هذا العقد بحالة من حالات الغش أو العمد التي يدخل في حكمها الخطأ الجسيم لصالح المسؤولية التقصيرية، منقلبا بذلك رأسا على عقب في أساس المسؤولية كلها وما يتضمنه ذلك من إمكانية التعويض عن الضرر غير المتوقع [٣]، ويبرر بعض الفقه حالة الاختلاف في مقدار التعويض هذه بأن الشرط المفترض الذي من أجله تم قصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع ممثلا ذلك بحسن النية قد انتفى بقيام المدين بفعلٍ من شأنه الخروج عن مقتضيات حسن النية كالغش أو الخطأ العمدي أو الخطأ الجسيم [٤].

إن تلك التراتيبية المتقدمة أدت إلى ابتكار فكرةِ نقل المسؤولية فاتحين الباب بذلك أمام الدائن -المثقل بعبء ما أصابه- بإمكانية المجاوزة في طلبه من مجرد الضرر الفعلي المتوقع إلى حيث الضرر غير المتوقع [٥]. إضافة إلى جزاءات أخرى كعدم جواز اشتراط إعفائه من مسؤوليته الناشئة عن خطئه الجسيم رغم إيراد شرط صريح بذلك في العقد ابتداءً [٦].

---

(١) كساب، مرجع سابق، ص٣٥-٣٦.

(٢) سلطان، أنور (١٩٩٦)، الموجز في مصادر الالتزام، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص٢٦٣.

(٣) المرجع نفسه، ص ٣٦-٣٧.

(٤) المرجع نفسه، ص٢٦٣.

(٥) سوار، مرجع سابق، ص٣٨٠.

(٦) السرحان، عدنان و خاطر، نوري (٢٠٠٩)، شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، عمان: دار الثقافة، ص٣٢٣.

إذن، فبعض الفقه يذهب إلى أن العدالة تقتضي إعادة ما خصص ابتداءً بحكم العقد إلى ما هو مشروع أصلا بحكم العدالة. والسؤال القائم في هذا الصدد يتمثل في أمر غاية في الأهمية لما يترتبُ على اتخاذ الحكم بشأنه من آثار قانونية جمة.

فهل تنتقل المسؤولية العقدية التي شابها إخلال جسيم (خطأ جسيم) إلى نوع آخر من المسؤولية ممثلا ذلك بالمسؤولية التقصيرية؟ أم أنها تبقى على حالها الأول وما يتأثر بها هو مقدار التعويض لوحده؟

الحقيقة أن هذه الأسئلة أعلاه لم تشغل بال الشراح أو الفقهاء على النحو المتصور لذلك، ذلك أن بعضهم لا يرى في هذا الموضوع إشكالية حقيقية لوجود نصوص صريحة تعالجه في قوانينهم كالقانون المدني المصري، إلا أن الأمر لم يخلُ من محاولات لمعالجة هذه الإشكالية ووضع إطار عريض يعالجها.

والظاهر للباحث في هذه المسألة أن كل ما كتب من دلالات أو أفكار حول هذا الشأن لم يكن فقهاً عربياً أو فقها حديثاً، بل هو تحليلات واستقراءات لفقه سالف من عصور كان الخطأ الجسيم يحل بها منزلا. إلى أن وجد المشرعون في تلك الدول حلا تقنينيا لها.

وبعيدا عما سبق من إشكال،وعوداً إلى سؤالنا القائم، فالملاحِظ يرى أن الآراء الفقهية تكاد - على قلتها في هذا الشأن- تجتمع حول ثلاث وجهات أو نظريات مختلفة في هذا الشأن المتضارب [١].

ففي حين يذهب فريق من الفقه -وهو الأقل-قائلاً بنظرية الجمع بين المسؤوليتين؛ أي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية [٢]، وواضعا منها نبراسا ينطلق على أساسه في حل الإشكالية وموضع التساؤل المتقدم، على أساس أحقية الدائن في مثل هذه الحالة بجمع مميزات النظامين في قالب واحد ودون أي حاجز يفصلهما عن بعضهما. ففي حين يمكنه الاستفادة من مسألة معينة في إطار العلاقة العقدية يمكنه الابتعاد عن أخرى والاستفادة من رديفها في المسؤولية التقصيرية. وكأن الأمر أشبه بانتقائية عقابية لا حدود لصرامتها في مواجهة المدين.

---

(1) جدير بالذكر أن هنالك اتجاها رابعا مشتقا من فكرة الخيرة بين المسؤوليتين مع اختلاف عنها؛ بحيث يقضي هذا الاتجاه بان المسؤولية العقدية مهما تخللها من غش أو خطأ جسيم لا يمكن لها أن تكون إلا مسؤولية عقدية ولا يمكن لها أن تخرج عن إطار التعويض في المسؤولية العقدية. وأن كل ما يمكن للدائن القيام به رفع دعوى أولى لفسخ و/أو ابطال العقد. ومن ثم وبعد الحكم في القضية الأولى إعادة رفع دعوى أخرى على أساس حدوث إخلال بالتزام قانوني ممثلا ذلك بإحداث خطأ جسيم في ظل عقد وما يستتبع ذلك من تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية على هذه الحالة.

وتذهب محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها لمحاكاة هذه الوجهة من النظر؛ حيث اعترفت للمضرور من الغش بحقه في الاختيار بين تطبيق قواعد القانون العام على أساس المسؤولية التقصيرية أو الالتجاء إلى قواعد المسؤولية العقدية، ذلك أن التدليس – على حد تعبير المحكمة- إنما هو مؤدٍ إلى قيام مسؤولية مرتكبة باستقلال عن بطلان التصرف العقدي في حد ذاته ككيان مستقل. وأن للمضرور في هذه الحالة "الحق في رفع الدعوى التقصيرية بالتعويض حتى ولو امتنع عن رفع دعوى البطلان وله الحق في ذلك، فالغش يولد الحق في دعويين مستقلتين، دعوى عقدية ببطلان العقد ودعوى تقصيرية بالمطالبة بالتعويض دون إثارة مسألة البطلان".

- مشار إليه في: حسين، محمد (٢٠٠٤)، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد – دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية-، القاهرة: المؤلف نفسه، ص٧٠-٧١.

(2) أشير إلى أن معظم جموع الفقه تنبذ أي محاولة للجمع بين المسؤوليتين على أساس أنه لا يجوز اقتضاء التعويض أكثر من مرة عن ذات الفعل. (الديناصوري، مرجع سابق، ص١٥-١٦).

هذا فيما يذهب الاتجاه الآخر –وهو الاتجاه الأكثر رجوحا في هذه المسألة-منادياً بنظرية الخيرة بين المسؤولتين [١]؛ حيث أن للدائن وفق هذه النظرية أن يصطفي لنفسه أحد النظامين القانونيين (المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية) ليختار بينهما ويقيم دعواه على أساس أحدهما دون الآخر.

فيما يمضي الرأي الثالث أخيرا مكتفياً بالوقوف على أعتاب زيادة مقدار التعويض المفروض للدائن وبقاء النظام الحاكم للمسؤولية في هذه الحالة وفق المسؤولية العقدية فقط [٢]. وأشير في هذا الشأن، إلى أن هذا الاتجاه الثالث وعلى احترام ما جاء به، يضع رأيه ذاك ويقيم حجته هذه في ظل منظومة تشريعية شبه مكتملة في نصوص القانون الذي انطلق منه ابتداءً [٣]؛ بحيث تتيح هذه

---

[١] انظر في ذلك على سبيل المثال: الطباخ، مرجع سابق، ص ٤٠٨-٤٠٩. وتلك اشارة إلى فكرة الخيرة بين المسؤوليتين ومدى تأثير ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية عليها:

"يقصد بالخيرة بين المسؤوليتين ما إذا كان للمضرور في الحالة التي يشكل فيها فعل أو امتناع المسؤول خطأ عقديا لاخلاله بالتزام فرضه العقد الذي يربطه به، وخطأ تقصيريا لاخلاله بالتزام قانوني بفرضه القانون على الكافة، أن يختار بين أي من دعوى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية حسبما تمليه مصلحته، وبمعنى أدق ما إذا كان له أن يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية بدلا من دعوى المسؤولية العقدية –وللتساؤل أهميته العملية نظرا للفروق بين نظام كل من المسؤوليتين بما يجعل من صالح المضرور في بعض الصور اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية. فقد تكون دعوى المسؤولية العقدية قد سقط الحق فيها بتقادم قصير، وقد تعفيه المسؤولية التقصيرية من عبء إثبات الخطأ كالشأن في مسؤولية حارس الحيوان أو البناء أو الأشياء الخطرة، في حين تلقي عليه المسؤولية العقدية هذا العبء إذا كان الالتزام التزاما ببذل عناية، وقد تتيح له المسؤولية التقصيرية الحصول على تعويض لا تتيحه المسؤولية العقدية كما لو كان الضرر محل التعويض غير متوقع أو كان هناك اتفاق مسبق بين العاقدين على الحد أو الإعفاء من المسؤولية. فالمسؤولية العقدية تحكم وحدها العلاقة بين من تربطهما رابطة عقدية أما المسؤولية التقصيرية فهي موجهة إلى من لا تربطهم مثل هذه الرابطة. ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يكون فيها الإخلال جريمة جنائية أو التي يرجع فيها إلى غش المدين، أو خطئه الجسيم، ويضيف البعض الخطأ المهني، اذ يكون للدائن المضرور في هذه الحالات الثلاث أن يختار الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية لأن المسؤول في هذه الحالات يكون قد اخترق نطاق المسؤولية العقدية التي أقامها المشرع على أساس عدم وفاء المدين مختارا ...،ومن ثم يعود إلى حظيرة المسؤولية التقصيرية".

[٢] سوار، مرجع سابق، ج٢، ص٢٨٥. أيضا في ذات المضمون: دسوقي، مرجع سابق، ص٤٤٩.

[٣] حيث يرد في هذا الشأن على لسان الفقهاء مازو ما يلي: "ان المواد ١١٥٣، ١١٥٠، ١١٤٧ مدني تقع تحت عنوان "العقود أو الالتزامات الاتفاقية عموما"، وتثار في الإطار العقدي لمسؤولية المدين الذي يرتكب خطأ تدليسيا، ولا يمكن استبعاده من الاتفاق، فالشخص الذي يظل ملتزما بالتزامات العقد والتعويض اللازم، يظل محتفظا بحدود التعويض وصفاته في المسألة العقدية".

- مشار إليه في: حسين، مرجع سابق، ص٧٠.

المنظومة التي أسس الاتجاه الثالث رأيه عليها للدائن المطالبة بالضرر المتوقع وغير المتوقع في حال ارتباط المسؤولية العقدية بخطأ جسيم [١].

وجل تلك الآراء على قلة ما أوردته من معالجة فعلية لهذا الموضوع تجتمع في إطار وجوب اختلاف مقدار التعويض المترتب على المسؤولية العقدية في حال ارتباط الخطأ الجسيم بها. "ويمكن تفسير تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة وقوع خطأ جسيم أو غش أثناء تنفيذ العقد، بأن إعمال قواعد المسؤولية العقدية في مثل هذا الوضع، يتطلب توافر شروطها، وعند تخلف أحدها لا مفر من إعمال المسؤولية التقصيرية. ولا شك في أن هذه الشروط لا تجتمع عندما يشكل التقصير في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد غشا أو خطأ جسيما، فهو أمر غير متوقع من الأطراف ويعد مسألة خارجة عن نطاق العقد المبرم بينهما. ويكون الضرر الناتج غير مرتبط بشكل مباشر بمخالفة التزام عقدي، بقدر ارتباطه بواقعة جديدة ألا وهي الغش أو الخطأ الجسيم" [٢].

وإن كان الفقه على نحو ما تقدم يميل إلى إقرار أحقية الدائن في مثل هذا النوع من المسؤولية العقدية بمجاوزة حدود التعويض الوارد في نص المادة (363) من القانون المدني الأردني الذي يقف عند حدود الأضرار المتوقعة حين وقوع الضرر، نحو إمكانية المطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار غير المتوقعة [٣]. ذلك دون أن يناقش جلهم أثر هذا الحكم على الوضع الحالي للمسؤولية أو ما سيؤول اليه.

وعلى ذلك ودون الخوض في حيثيات نظرية الجمع بين المسؤوليتين لإسهاب الشراح في النهي عنها وذهابي وإياهم في هذا الشأن بعدم جواز منح سلطة لا نهائية للدائن في جمع ما يشاء من ميزات من حيث يشاء في كل مسؤولية، إضافة إلى عدم إمكانية الجمع بين تعويضين في ذات

---

[١] حيث يرى الفقهاء مازوا مجددا أن المدين "يسأل عن الضرر المباشر متوقعا أم غير متوقع في حالة الغش والخطأ الجسيم ويكون ذلك بمثابة عقوبة مدنية نص عليها القانون، وليس أن المسؤولية العقدية تنقلب إلى تقصيرية".

- مشار إليه في: الحسناوي، مرجع سابق، ص١١٠.

[٢] حسين، مرجع سابق، ص٧٢.

[٣] انظر على سبيل المثال: سوار، مرجع سابق، ص٣٨٠. ايضا انظر: السرحان، مرجع سابق، ص٣٢١.

الوقت [١]. ومع ما يعتري نظرية الخيرة بين المسؤوليتين من نقص تام في مقوماتها من حيث عزل كلا المسؤوليتين بعضهما عن بعض وتخيير الدائن بالالتجاء إلى إحداهما فحسب[٢].

فإنني أرى أن خصوصية هذه المسألة تحتاج منا النظر بقالب شامل إليها؛ ذاك أن الخطأ الجسيم ينطوي على إخلال وإهمال كبيرين غير متوقعين حين التعاقد، الأمر الذي أسفر عنه في النتيجة ضرر غير متوقع للدائن. ولذلك وانطلاقا من طبيعة هذا الخطأ المتصف بالإهمال وعدم التحرز الكبيرين وما قررته التشريعات المدنية المتحضرة من "اعتبار الغش والخطأ الجسيم من قبل الأخطاء غير العقدية، أي من الأخطاء الناشئة عن الفعل الضار، وبالتالي لا يجوز اشتراط الإعفاء منها أو تحديد المسؤولية فيها، وذلك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الضار التي تحرم الإعفاء من المسؤولية لأنها من النظام العام" [٣]. وعليه فإن نتيجة ما سبق تنتهي إلى أحقية الدائن المثقل بعبء الإخلال من شريكه التعاقدي الآخر أن يملك من الحقوق القانونية ما يجلب له التعويض العادل ويعطي للعدالة نبراسها الرادع [٤].

وأرى أن ذلك لا يكون إلا من خلال التأسيس لفكرة قوامها الجمع بين الآراء الثلاثة السابقة. ويمكن التبسيط لذلك من خلال إتاحة فرصة الانتقال بين المسؤوليتين بسلاسة حدوث الخطأ الجسيم، ممثلا ذلك بوقت انتقال المسؤولية -التي سيتم التعرض لتأسيسها في المبحث الثاني من هذا الفصل- إذ يستفيد الدائن حسب ذلك الوضع من جميع مزايا المسؤولية العقدية في الوقت التي كانت به علاقة العقد هي الرابط الوحيد فيما بينه وبين شريكه التعاقدي الآخر، فيما يمضي نحو الاستفادة من أحكام المسؤولية التقصيرية؛إنْ آثر هو بدوره (الدائن) اللجوء إليها من لحظة

---

[١] سوار، مرجع سابق، ج٢، ص٢٨١.

[٢] الديناصوري، مرجع سابق، ص١٦-٤٨.

[٣] السرحان، مرجع سابق، ص٣٢١. – ويشير الأستاذان في ذلك إلى نص المادة ٢٧٠ من القانون المدني الأردني. أنظر ايضا بذات بذات المعنى والنتيجة: طلبة، أنور (٢٠٠٦)، المطول في شرح القانون المدني، ج٤، القاهرة: المكتب الجامعي الحديث، ص٢١٠.

[٤] مهنا، وليد (٢٠٠٦)، فكرة الخطأ الجسيم واثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة مؤتة، عمان، الاردن، ص٥٠.

خروج العقد عن صورته التعاقدية. فلا هي مسؤولية عقدية مطلقة ولا هي مسؤولية تقصيرية واجبة [١]، إنماهي مسؤولية مرت بمراحل تكوّنٍ في ظل نظاميين مختلفين [٢].

فهي مسؤولية عقدية منشؤها العقد وما تم من تنفيذ له إبان قيامه وما تمخض عنه من خطأ خلالها، وهي مسؤولية تقصيرية باعتبار الخطأ الجسيم يرقى في قوامه إلى ركن الإخلال بواجب قانوني عقابه أو تبعة مسؤوليته منظمة في المسؤولية المدنية العامة، ممثلا ذلك بالمسؤولية التقصيرية (المسؤولية عن الفعل الضار) وليس في المسؤولية الخاصة (المسؤولية العقدية) [٣]. وعلى أي حال فإنها في نهاية المطاف مسألة تخييرية للدائن التمسك بها أو تركها حسبما يراه مناسبا منذ البداية [٤]، إلا أنه متى ما تمسك بها يتمسك بها بكل مقوماتها، حسنها وسيئها، فضلها وقبحها.

---

[١] ذهب محكمة النقض المصرية في حكم غريب لها (قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض، السنة ١٦، ص١١٦٠) – مشار إليه في: الديناصوري، مرجع سابق، ص٢٤. إلى اعتبار أن أي حالة لامسها الغش تنتقل حكما وبشكل تلقائي إلى مسؤولية تقصيرية تطبق بشانها قواعد المسؤولية التقصيرية فحسب.

- وتتمثل وقائع القضية بقيام مرسل البضائع برفع دعوى على أمين النقل مطالبا إياه بالتعويض عن ضياع البضاعة، ذلك بعد أن حكمت المحكمة الجنائية ببراءة تابعيه الذين كلفهم بنقلها من تهمة السرقة، وقد استجابت المحكمة لطلبه رغم رفعه لدعواه بعد مضي مائة وثمانين يوما بما يتجاوز المدة التي حددتها المادة ١٠٤ من قانون التجارة المصري لمطالبة أمين النقل بسبب ضياع البضائع، وقد عللت المحكمة قرارها هذا بأن نص المادة ١٠٤ من قانون التجارة لا يسري في حالة الغش التي يندرج تحتها موضوع الدعوى بل ما ينطبق عليه هو نص التقادم العام للمسؤولية العقدية. ومن ثم أتت محكمة النقض وألغت قرار المحكمة الأولى ومحكمة الاستئناف وحكمت بأن مسؤولية أمين النقل في حالة الغش ليست مسؤولية عقدية إنما هي مسؤولية تقصيرية تخضع للتقادم الثلاثي الوارد في المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري بدلا من مدة الخمس عشر سنة الخاصة بالمسؤولية العقدية.

[٢] يذهب اتجاه فقهي على حد تعبير البعض إلى نظرية قريبة من نظرية الخيرة بين المسؤوليتين مع اختلاف بسيط يتمثل بمناداة هذا الاتجاه بانطباق قواعد المسؤولية التقصيرية إلى العقد فيما يتعلق بكل موجبات هذا العقد منذ البداية وبما يتخلل عملية قيام العقد نفسها دون الاكتفاء بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على أساس أن العقد قد تم وانتهى ولا أثر لانتقال المسؤولية عليه.

- انظر هذا الرأي في: حسين، مرجع سابق، ص٦٩.

[٣] العدوي، جلال (١٩٩٥)، الموجز في مصادر الالتزام، الاسكندرية: دار المعارف، ص٣١٣-٣١٥.

[٤] حري بالملاحظة أن المحكمة لا تنطلق في انصاف من لم يسع في المطالبة بحقه، وبذلك فلا يمكن للمحكمة اثارة فكرة انتقال المسؤولية وما إلى ذلك الا اذا بين الدائن ان خطأ جسيما وقع من المدين وان الضرر الذي اصابه قد تجاوز الضرر الفعلي المتوقع، وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ (١٩٦٥/٢/٢٥ الطعن رقم ٦٠ سنة ٣٠ ق) لتقول: =

ومنعا لأي خلط قد يحدث في ذهن القارئ فإن هنالك خطاً رفيعا يجب الإلمام به بين ما تنادي به نظرية الجمع بين المسؤوليتين من صلاحية أخذ الدائن لما يريده (ما في مصلحته) من كل مسؤولية كيفما يشاء فيجمع بذلك بين مزايا النوعين [١]، كأن ياخذ من المسؤولية التقصيرية اتساع التعويض ومن المسؤولية العقدية طول فترة التقادم. وما بين اختيار الدائن لحقه في نقل المسؤولية التي تقتضي أطرها أن يلقي الدائن بكلمته النهائية في هذا الشأن ويدخل من ثم في دوامة مسؤولية مدنية من نوع خاص قامت على أساس ارتباط الخطأ الجسيم بالعقد. فهو (الدائن) في حينها؛ أي عندما يختار هذا النظام الذي تنادي به هذه الدراسة، يكون قد اختار تطبيق مزايا المسؤولية العقدية إلى المقدار الذي بقيت به المسؤولية عقدية فقط، ومن ثم ينتقل بالتطبيق نحو المسؤولية التقصيرية بما لها وما عليها. ايفاءً بذلك لنهج العدالة الذي يبتغيه القانون واحقاقا بذلك لإشكالية قانونية خُطت آثارها على سكة واقعية بدأت بعقد وسلطان إرادة وانتهت بإخلال قانوني لا عقدي. وخيار الدائن الوحيد في هذه الرؤية الخاصة محدود باختياره الأول فقط، فإما المسؤولية العقدية ولا شيء آخر، وإما ذاك النظام المعروض فيما تقدم بما له وما عليه.

ولعل هذا الطرح الخاص يبدوا في تجرده المبين أعلاه قواما غير متناسق، يجعل الذهن يميل للوهلة الأولى نحو نقضه والاكتفاء بمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين على أحسن تقدير أو الاكتفاء بما توجبه قواعد المسؤولية العقدية فقط. والحقيقة أنني أرى الخير في هذا المنهج الذي أحاول طرحه؛ ظاهرا ذلك من أن لا سلبياتٍ تذكر –بحسب تصوري- لمعطيات التنفيذ الفعلي لهذه النظرية.

إذن، هي مسؤولية عقدية أدغمت بها مسؤولية تقصيرية بفعل ارتباط الخطأ الجسيم بها، وكأن الأمر أشبه بقطار يمشي على سكة باتجاه مستقيم إلى أن حدث عطل فني في سكة القطار دفع القائمين عليه لتغيير مسار السكة وجعل القطار يتخذ مسارا آخر. فلا نحن نملك هنا إنكار واقع

= "إذا اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفا ذا شأن في سند الشحن فان العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقلة) يحكمها سند الشحن وحده، وهذا السند هو الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التي رسمها ذلك السند وهي حدود لا يترتب عليها إلا المسؤولية العقدية، وليس للطاعنة ان تلجأ إلى المسؤولية التقصيرية؛ حيث إن أساسها الإخلال بالتزام فرضه القانون، والالتزام في خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن ما دامت الطاعنة لم تدع ان العجز نتج عن اقتراف المطعون ضدها لفعل يرحمه القانون". مشار إليه في: الطباخ، مرجع سابق، ص٥٧٩.

[1] مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص٥٧-٧٠.

كون القطار قد بدأ رحلته ودفعت تذاكر السفر به على خط معين وباتجاه معين وبوقت معين وبغرض واعتقادٍ معينين. ولا نحن نملك أيضا انكار وجود ما غير مسار القطار وأدى إلى تغير كل الفرضيات التي كانت قد بدأت مع رحلة هذا القطار وذلك بالقدر الذي تسمح بها طبيعة هذه الفرضيات بالتغير تبعا لتغير مسار القطار.

وتلك نتيجة سائغة تقوم على سببها الصحيح وتجمع في ثناياها شيئا من الآراء الثلاثة أعلاه؛ إذ أن قصر التعويض في المسؤولية العقدية على ما يتوقعه الأطراف من الضرر إلا بنص صريح أو بإحالتهم الضمنية لهذا الأمر إلى نصوص القانون إنما تنصرف إلى أن العقد هو شريعة المتعاقدين وأن الإراده هنا هي التي تحدد التزامات كليهما. إلا أن انتفاء مقدمة الفرض السابق يستتبعه انتفاء ذات النتيجة، فالخطأ الجسيم هنا ينقل إراده الطرفين وما اشترعاه لنفسيهما إلى حود سلطة الردع وحماية الحق. خارجاً بذلك عن إطار المسؤولية الأولى وداخلا في المسؤولية العامة للخطأ متمثلةً بالمسؤولية التقصيرية[١]. وأسبب ذلك بما يلي:

- أولا: إن خروج تصرف المدين عن الطبيعة المألوفه خروجا كبيرا بما يلحق بفعله وصف الغش أو الخطأ الجسيم، يقابله خروجٌ عن العقد أيضا. وبما أن المسؤولية التقصيرية هي المسؤولية الحسابية المدنية العامة لما خلا من مسؤوليات أخرى؛ فإن الفعل حينها يدخل في إطار هذه المسؤولية العامة إعمالا للقواعد العامة في التفسير؛ حيث يفقد في حينها المدين أي أحقية بتغطية نصوص وأحكام العقد له ويصبح خاضعا لأحكام المسؤولية العامة (المسؤولية التقصيرية) في حال اختار الدائن ذلك [٢].

وإن أي قول مخالف لهذه النتيجة يعني إيجاد ثغرات قانونية ناقضة للعدالة؛ فالواقع والمنطق يقضي بأن أي التزام قانوني (تعاقدي) لا يمكن أن يبقى كما هو إلى حد اللانهاية، فارتباط هذا العقد بمايُنقضه يزيل عنه صفة العقد ناقلاً إياه نحو مسؤولية أخرى. وإلا لأصبحت خيانة الأمانة اخلالا عقديا عاديا ولأصبحت السرقة أو القتل في حال الإتفاق على عدم جواز حدوثهما من خلال العقد التزاما عقديا بدلا من التزام قانوني، مما يعني عدم تطبيق قواعد المسؤولية الجزائية أو قواعد المسؤولية

---

(١) السرحان مرجع سابق، ص٣١٤.

(2) Riesenhuber, op. cit, p7.

التقصيرية حال حدوث أي منهما [١]، وهو الأمر الذي تأباه العدالة ويرفضه المنطق القانوني السليم المدرك.

- ثانيا: إن التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر الفعلي المتوقع على نحو ما بينت أعلاه. وهو الأمر الذي لا جدال بشأنه لإنتفاء النص الذي يغير في معالمه. وإن الاتفاق القضائي –على نحو ما سأبين- وكذلك الفقهي على أن التعويض حال ارتباط المسؤولية العقدية بخطأ جسيم ينصرف إلى أبعد مما يقضي به التعويض في المسؤولية العقدية، فإن ذلك يستتبعه نتيجة منطقية مفادها أن نصوص المسؤولية التقصيرية هي الأنسب والأكثر إنسجاما مع هذه الحالة لما توفره من طبيعة عامة معالجة لهذا الشأن ومفترضة حدوثه؛ ذلك أنه خرق لإطار العقد ودخول في نطاق المسؤولية العامة (المسؤولية التقصيرية).

- ثالثا: إن طبيعة المسؤولية التقصيرية وما تمليه من إتساع في حجم التعويض وإعفاءً من توجيه الإنذار أو الاشعار وتساهل في بعض مسائل الإثبات تشكل في مضمونها عقابا يساق إتجاه المخل إخلالاً جسيما بمنظومة العقود المدنية الساعية للرقي في المنهج الحياتي والمفترضة في جذورها قوام حسن النية بين العاقدين. وهو ما يعزز الطبيعة الرادعة للعقوبة المدنية ويبرر وجودها.

- رابعا: إن الأصل هو كون الالتزام القانوني سابقا على الالتزام التعاقدي اجمالا، وأن أي مسؤولية ناشئة عن الإخلال بالالتزام القانوني تكون ذات أثر مقدم على أي إخلال مدني آخر، بما في ذلك الإخلال العقدي. وعليه فإن الأصل خضوع المتعاقدين للواجب القانوني الأصيل بعدم خرقهما لالتزامات القانونية التي رتبها المشرع، وإن ما اختطاه لأنفسهما في عقدهما يسري عليهما لاحقا للأصل العام وبما لا يخالفه في نصوصه الآمرة. فإذا ما انتفى النص في العلاقة العقدية أو في النصوص الخاصة بها أعيد الحال إلى أصله وأصبح النص العام مقدما على ما سواه ممثلا ذلك في حالتنا هذه بالمسؤولية التقصيرية [٢].

---

[١] عامر، حسين (١٩٤٩)، القوة الملزمة للعقد، القاهرة: مطبعة مصر، ص٢٤١ -٢٤٢.

[٢] عامر، مرجع سابق، ص٢٤٢.

وتقر هذا المبدأ –انتقال المسؤولية العقدية إلى تقصيرية بفعل ارتباطها بالخطأ الجسيم- محكمة النقض المصرية بشكل واضح، حيث ذهبت في إحدى اجتهاداتها [١] إلى ما يلي:

"إذا كان المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط بها المضرور مع المسؤول عنه بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد العاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق به في حقه أركان المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني إذيمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد وان استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك ما دامت الوقائع تسمح به".

وفي حكم أكثر وضوحا وتسبيبا لحالة إنتقال المسؤولية تذهب محكمة النقض المصرية مجددا لتقول في احدى احكامها:

"إذا خص المشرع المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسؤوليتين في تقنينه موضعا منفصلا عن المسؤولية الأخرى، فقد أفصح بذلك عن رغبته في اقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسؤوليتين، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، بإعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ باحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي أرتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحق معه المسؤولية

[١] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٤/٤ في الطعن ٢٣٨٤ س ٥٤ ق. مشار إليه في: أنور طلبه، مرجع سابق، ص٢١٠-٢١١.

التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد" [١].

وتأتي هذه الاجتهادات القضائية أعلاه بشكل مستمد من ذات نصوص القانون المدني المصري وتحديدا نص المادة (٢٢١) منه، التي تقر أحقية استيفاء التعويض في حال وجود الغش أو الخطأ الجسيم إلى جانب المسؤولية العقدية بما يساوي الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وفي ذلك تأتي المذكرات الايضاحية للقانون المدني المصري الساري قائلة بكل صراحة ومن دون أي لبس: "للمسؤولية التعاقدية، في حالتي الغش والخطأ الجسيم، حكم المسؤولية التقصيرية" [٢].

وتذهب أخيرا محكمة التمييز الأردنية الموقرة في اجتهادات نادرة أثناء تفنيدها لهذه المسألة نحو ما ذهبت إليه نظيرتها المصرية، فتقول[٣]:

---

[1] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٦ طعن رقم ٢٨٠ سنه ٣٤ ق. مشار إليه في: الطباخ، مرجع سابق، ص٥٧٩-٥٨٠.

بذات المضمون انظر أيضا: قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٥/٧ طعن رقم ١٢٧٦ سنة ٥٤ ق. مشار إليه في: الطباخ، مرجع سابق، ص٥٨٠.

"المقرر –في قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كانت العلاقة التي تربط طرفي النزاع علاقة تعاقدية، وكان الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه التعاقدي، فإن أحكام العقد والمسؤولية العقدية تكون هي الواجبة التطبيق ما لم يرجع المضرور الضرر إلى استعمال الآخر للطرق الاحتيالية أو اقترافه فعلا يجرمه القانون أو ارتكابه خطأ جسيما معادلا للغش، فانه يتعين إعمال أحكام المسؤولية التقصيرية".

[2] المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، نسخة الكترونية، ص١٠٢.

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٠/٥٢١ (هيئة ثلاثيه) – منشورات السعيد القانونية. انظر أيضا بمعنى قريب قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١١/٣١٥٠ (هيئة خماسية) منشور بتاريخ ٢٠١١/١٢/١٢ – والذي جاء بعبارات دالة على ذات المعنى الوارد في القرار السابق، وأقتبس منه لهذا الغرض ما يلي:

" اذا كانت العلاقة بين الطرفين يحكمها العقد فان المسؤولية الناشئة عن ذلك تحكمها قواعد المسؤولية العقدية المقررة في المادة ٣٦٣ من القانون المدني، وحيث أن الآلية موضوع الدعوى بقيت لدى المدعى عليها في الفترة ما بين ٢٠٠٥/٧/١٠ ولغاية ٢٠٠٥/١٢/٢١ فان فوات الكسب يدخل ضمن نطاق المسؤولية العقدية وهو موجب للضمان إذا أخلت المدعى عليها بالتزاماتها العقدية والمتمثلة بإصلاح الآلية. ولغاية تحديد المسؤولية العقدية في الدعوى الماثلة عن التأخير في إصلاح الآلية فلا بد من بيان

"وبالرجوع إلى لائحة الدعوى نجد أنها تضمنت المطالبة بالتعويض عن أضرار لحقت بالمدعية نتيجة خطأ متعمد للتأخير في التنفيذ وأخطاء ناتجة عن الإخلال بشروط العقد الذي أبرمته مع البلدية. وحيث أن قرار محكمة البداية المؤيد لأسبابه في الحكم المميز قام قضاءه بالخلط بين الخطأين دون أن تفرق بين ما كان ناتجا عن العقد وبين ما كان ناتجا عن الخطأ المتعمد. وحيث أن التأخير الذي زعمت المميزة في دعواها على فرض ثبوته كان بدافع شخصي يهدف إلى تحقيق كسب مادي فانه بهذا المفهوم يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ويدخل في باب المسؤولية التقصيرية الخارجه عن مسؤولية رب العمل".

وهي بذلك تقر ابتداءً بصلاحية وجوازية نقل المسؤولية من حيث المبدأ ومن ثم فهي تقر بعملية قانونية نتاجها نقل المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية بفعل ارتكاب خطأ عمدي أثناء تنفيذ العقود. والسؤال القائم في هذا السياق يدور حول مدى إنسحاب عبارة الخطأ العمدي على الخطأ الجسيم؟

لقد سبق أن بينت هذه الدراسة عمدية الخطأ الجسيم [١]، وفي ذلك أضيف أن فاعل الخطأ الجسيم ولهول تعديه في سلوكه وكأنه أراد أن تحصل النتيجة -جوازاً- دون أن يريدها في حقيقة الأمر، ومنعا من تهربه من المسؤولية أو الدفع بجهله، فقد ذهب الشراح ومنذ العهد الروماني إلى إلحاق الخطأ الجسيم بالخطأ العمد [٢]. هذا مع الاشارة إلى أن بعضهم الآخر يلحق الخطأ الجسيم بالغش [١]. وذلك على نحو ما تم بيانه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

المدة اللازمة لإصلاح الآلية وما يزيد عن هذه المدة يعتبر إخلالاً من قبل المدعى عليها في الوفاء بالتزاماتها إذا ثبت مسؤوليتها عن التأخير."

وإن حكم المحكمة بهذا السياق بالتعويض عن الكسب الفائت إنما هو إعمال ضمني لقواعد المسؤولية التقصيرية لا لقواعد المسؤولية العقدية.

أنظر ايضا: قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩١/٥٢١ (هيئة ثلاثية) منشور بتاريخ ١٩٩٠/١٢/١١ والتي اقرت المبدأ السالف ايضا في قرارها ومنه اقتبس: " يخرج عن مفهوم المسؤولية العقدية ويدخل في باب المسؤولية التقصيرية زعم المدعي بدعواه التي طالب بها المركز الهندسي المشرف الذي عينته البلدية للاشراف على تنفيذ العطاء الذي رسى على المدعي بتعويضات ناجمة عن الخطا في الاشراف والتاخير المتعمد للعمل وبالعطل والضرر نتيجة التاخير في الاستلام وفي البت في المخططات".

(1) يراجع في ذلك المبحث الأول والمطلب الأول من المبحث الثاني من هذه الدراسة.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٧٥٧. انظر أيضا: سوار، مرجع سابق، ج٢، ص٦٠.

واسهابا في ذلك يقول الفقيهان مازو: "ويفترض في الخطأ الجسيم أنه خطأ عمد، على الرغم من القاعدة القائله "الأصل براءه الذمه". ويرجع ذلك إلى أن العمد يصعب اثباته بطريق مباشر، فيستدل عليه بجسامه الخطأ..." [٢].

وتؤكد على ذلك المحاكم الفرنسية ففي حين تذهب محكمة نانسي الإبتدائية في فرنسا في معرض حديثها عن الخطأ الجسيم وإقرار عمديته لتقول: "هو خطأ عمدي، أو يكشف عن اهمال من ذلك النوع الذي يتضمن قبولا مسبقا لضرر محتمل" [٣].

وعليه، وكما تبين لنا فان الخطأ الجسيم في هذه الحالة ينسحب على ما قررته محكمة التمييز من حاله إنتقال المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية في حالة الخطأ العمدي. وهو بذلك نقطة أخرى تثبت فرضيه إنتقال المسؤولية العقدية بأكملها إلى مسؤولية تقصيرية حال ارتباطها بالخطأ الجسيم مع مراعاة ما ينشأ عن هذا الانتقال من تفاوت في مراحل تطبيق المسؤولية على نحو ما تم بيانه فيما تقدم.

وإذ كنت فيما تقدم قد بينت موقف المشرع الأردني من فكرة ارتباط الخطأ الجسيم بالعلاقة العقدية وما يصنعه هذا الارتباط من خلل بالعقد وما يراه الفقه اجمالا بخصوص هذا الخلل وما عرضت إليه من حل متقدم. فإنني أرى أن تعديلا ينبغي أن يصيب نصوص القانون المدني وبالاخص نص المادة (٣٦٣) منه والتي تحدد التعويض في المسؤولية العقدية بالضرر المباشر المتوقع حين التعاقد منعاً لأي اشتباك أو مزاودة فقهية قد تضر الدائن المثقل بعبء ما أصابه في ظل نظام قضائي متخم بجميع أنواع القضايا، بحيث يتعذر عليه الإقتناع أو البحث في جل الأحيان بمخرج أو اجتهاد فقهي،مفضلاً اللجوء إلى العدالة البسيطة من خلال نصوص القانون المباشرة في معظم الوقت.

---

[1] نصرة، مرجع سابق، ص٧٧ - ٧٨.

[2] ورد هذا الاقتباس من الفقيهان مازو على لسان الدكتور محمد وحيد الدين سوار، انظر: سوار، مرجع سابق، ج٢، ص٦١.

[3] مشار إليه في: النعمة، يوسف (١٩٩١)، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور - دراسة مقارنة، القاهرة:دار التأليف، ص١٣٦.

وعليه، فانني أرى أن تجربة الاتحاد الأوروبي في قانونه المحدد لأسس المسؤولية العقدية والمعروف اختصارا بـ(PECL- The Principles of European Contract Law) يضع حلاً أدنى لهذه الاشكالية فيما يعطي لكل دولة من دول الاتحاد الاوروبية صلاحية التوسع "الجيد" في هذا الحل [١]. ويبرز ذلك ابتداءً من حيث نصه في المادة (٩:٥٠٣) على آلية مشابهة لتلك المنصوص عليها في نص المادة (٣٦٣) من القانون المدني وهي آلية مرضية في حدود الخطأ العادي. إلا أنه يضيف إليها وعلى نحو مقارب لما فعله المشرع المصري في قانونه المدني نصا متقناً –بحسب رأي- ينطق بروح العدالة وينصف حالتنا موضوع هذه الرسالة، إضافه إلى أنه يعالج إشكالية أخرى –خارجة إلى حد ما عن موضوعنا- تتمثل في معيار الضرر المتوقع لتحدد من ثم بكل صراحة وقت تقدير ذلك الضرر.

وبذلك فإن النص المقترح من قبلي والذي أستمددته من القانون المحدد لأسس المسؤولية العقدية في الاتحاد الاروبي (PECL) والقانون المدني المصري وما أوردته في ما تقدم بيانه، كل ذلك على نحو ما هو آتٍ:

- **أولا:** إبقاء نص المادة ٣٦٣ من القانون المدني كما هو، وإعادة ترقيمه ليصبح النص ممثلا بالفقرة رقم (أ/١).
- **ثانيا:** إضافه فقرة ثانية إلى النص على النحو التالي:

"أ- ٢- وإذا لم يتسنَ للمحكمة تقدير الضرر الواقع فعلا حين وقوعه فيتم تقديره بما كان معقولا للمتعاقدين أن يتوقعاه حين إبرام العقد".

- **ثالثا:** إضافه فقرة ثالثة إلى النص على النحو التالي:

"ب- ١- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، يسأل المدين عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في كل حالة ثبت بها أنه نفذ العقد أو اخل به عن قصد أو غش أو خطأ جسيم.

٢- ويكون للدائن في هذه الحالة الاستفادة من جميع ما تنطويه المسؤولية عن الفعل الضار من أحكام، على أن استخدامه لأي من هذه الأحكام يعني إعماله لبقية أحكام المسؤولية عن الفعل الضار فقط دون أحكام العقد أو المسؤولية المترتبة عنه".

---

[1] Riesenhuber, op. cit, p 20 - 21.

وبقي في هذا الصدد أن أشير إلى حالة خاصة أغفل المشرع الإشارة إليها، وهي حالة كون الخطأ الجسيم أو الغش المصاحب للمسؤولية العقدية قد أرتكب من أتباع أو مستخدمي أحد أطراف العقد. فهذه الحالة ووفقا لعمومية نص القانون المدني الأردني تجري في حكمها مجرى الحالات الأخرى وفي ذلك إخلال بقواعد العدالة ولا شك. فما حققناه من إنجاز بنقل المسؤولية في بادئ الأمر من مسؤولية عقدية إلى أخرى تقصيرية إنما كان ضمانا للدائن الذي تكبد خطأ وإهمال وسوء نية المدين. ومن ثم عقاباً له.

وأما في الحالة الاخرى التي يرتكب بها أعوان المدين مثل هذا الخطأ، وأعني بذلك الخطأ الجسيم أو الغش، فإننا إذا حملنا المدين غير المباشر-رب العمل مثالا- تبعة إنتقال المسؤولية العقدية إلى تقصيرية نكون بذلك قد تسببنا في عقابه مرتين. مرة عن مسؤوليته الرقابية إتجاه أعوانه. وأخرى عن إخلاله العقدي في إطار واقعة قانونية واحده. والصحيح في ذلك يتمثل في أن يتحمل المدين غير المباشر تبعة إخلاله العقدي العادي فيما يسأل أتباعه عن كل مجاوزه في ذلك؛ انطلاقاً من شخصية إراده فعل الخطأ الجسيم أو الغش.

وسعيا لإيجاد حل للحالة المتقدمة، فإنني أرى لزوم إجراء تعديل على نص المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني الأردني لتناسب هذا الحال ولتصبح كما يلي [١]:

المادة (٢/٣٥٨):"وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم، إلا إذا وقع ذلك الغش أو الخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه فيضاف حكم الغش أو الجسامة إلىالتابع لا الأصل ويبقى الأصل مسؤولاً في حدود مسؤوليته الطبيعية".

---

(١) إن روح هذا التعديل مستمدة من المادة (٢/٢١٨) من القانون المدني السوري. وقد وردت الإشارة إليها لدى الدكتور محمد سوار.

أنظر: سوار، مرجع سابق،ج١، ص ٣٩٨. أيضا انظر في ذلك: السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٧٤٩.

وبذلك، فقد بات واضحاً أن الإتجاه التشريعي الأردني في التطبيق للحالة المتقدمة يتمثل في إعمال مبدأ نقل المسؤولية من مجرد مسؤولية عقدية إلى أخرى تقصيرية وقد دفعت هذه الدراسة وعززت تلك النتيجة بما يستقيم من الأسباب وما يخلص من حجج أظنها ذات نفع. وما انتهيت إليه أخيرا من إفراد توصيات أتمنى على المشرع إقرارها حتى يخرج عما يعتري نصوصه الحالية من نقص.

وفي ذلك حقَ السؤالتالياً حول الأثر المترتب لهذا الانتقال. فما هي الميزة المتوخاة من نقل المسؤولية تلك إلى مسؤولية تقصيرية؟ وما الأثر التي ستحدثه في صالح الدائن المتكبد في فوضى ما أحدثه المدين من ضرر؟وابتداءً قبل ذلك متى تنتقل المسؤولية عموما؟ وهل تتساوى النصوص في التطبيق أم تتوالى في خط زماني؟ إن الإجابة على هذه الاسئلة هي مدار البحث في المبحثين التاليين من هذا الفصل.

* * * * *

المبحث الثاني:

وقت انتقال المسؤولية

أن الخوض في هذه الجزئية –على صغرها وقلة حجم الكلمات التي تتسع الحديث بها-نابعٌ من أهميتها ورغبة في إبرازها في بوتقة منفصلة تسعى إلى التأكيد عليها وترسيخها في الذهن.

وعلى نحو ما أفردت في مقدم هذا الفصل، فإن المسؤولية الإنتقالية التي نادت بها هذه الدراسة هي مسؤولية من نوع خاص تقوم حال ارتباط الخطأ الجسيم بتنفيذ العقد. فلا هي مسؤولية عقدية فقط ولا مسؤولية تقصيرية فقط، إنما هي مسؤولية واقعة بينهما تستقي من أحكام كل منهما بالقدر الذي أتصفت به حالة العقد وما تلاها؛ فهي مسؤولية عقدية ولا نكران في ذلك إلى أن ارتبط بها الخطأ الجسيم فأصبحت مسؤولية تقصيرية.

وبمعنى آخر، فإن ما للعقد للعقد يبقى كما هو إلى أن يأتي الخطأ الجسيم ويخرج العقد من نطاقه العقدي إلى نطاقه التقصيري، وفي ذلك العدالة التي لابد أن تطبق على هذه الحالة.

والحقيقة أن التشريع والفقه والقضاء على حد سواء وقف غير ملتفتٍ إلى هذه الحالة بصورتها الماثله أمامنا. ولعل من واجبي وأنا أحاول البحث في هذه الجزئية الضيقة أن أتطرق إلى هذه المسألة وإلى الحكمة من إقرارها.

فإذا ما قلنا بإنتقال العقد بصورته التامة منذ نشوئه إلى مسؤولية تقصيرية متى ارتبط تطبيق هذا العقد بغش أو خطأ جسيم من المدين كنا بذلك بصدد شل هذا العقد من جذوره وكان وصولنا إلى إقرار الخطأ الجسيم يتطلب بالنتيجة اثبات العقد ابتداءً ومن ثم اثبات الخطأ والضرر وعلاقه السببية وأخيرا اثبات عمق الخطأ وفداحته ووصوله مرحله من الجسامة يعد بها بعد ذلك خطأ جسيما.

ولا يتوقف الأمر عند ذلك، فقد يرافق تلك الصعوبات، صعوبات أخرى في الإثبات نفسه تبعا لكون المسؤولية التقصيرية تعاب بصعوبة اثباتها مقارنة بالمسؤولية العقدية [١]؛ فالإثبات في المسؤولية العقدية يتطلب اثبات قيام الإخلال فقط، ومن ثم اثبات الخطأ الجسيم دون الحاجة لاثبات أمور أخرى، وهو ما يخالف طبيعة الإثبات في المسؤولية التقصيرية والتي تتطلب بدورها كما أشرت أعلاه اثبات تحقق كافة أركانها (الإضرار والضرر ومن ثم العلاقة السببية بينهما) والإرتقاء فيما بعد نحو إثبات الخطأ الجسيم بوصفه مرحلة أكثر خطورة من مراحل أحد أركان تلك الأخيرة (المسوؤلية التقصيرية) مشيراً في هذا الصدد بأن اثبات الخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية غايته زياده مقدار التعويض او تأكيد القناعة الوجدانية لدى قاضي الموضوع دون أن يكون الهدف من اثباته تحقيق أركان هذه المسؤولية.

وإننا بذلك كله وما قد يتبعه من أمور لم تمتد البصيرة إليها في هذه الدراسة المتواضعة نكون بصدد معاقبة الدائن الذي قُمنا الدور لصالحه ابتداءً ومن ثم بغية جبر ضرره ومعاناته العقدية.

وفي ذلك فإن الأسلم في نظري وفق ما يستقيم وإياه منطق العدالة والتطبيق الصحيح للغاية التي وجدت من أجلها فكرة نقل المسؤولية يتمثل في نقل المسؤولية العقدية إلى تقصيرية من لحظة قيام المدين بخطأه الجسيم.

وبذلك فان المسؤولية تنتقل مستفيدة من أثرها الأول وقت أن كانت مسؤولية عقدية خالصة، فلا حاجة حينها إلى اثبات ما نحن بحاجة إليه في المسؤولية التقصيرية. ويكفي بذلك أن نثبت وجود الإخلال متمثلا ذلك بالخطأ الجسيم فحسب.

وأسوق في ذلك اجتهاد محكمة التمييز سالف الاشارة إليه، والتي أقرت به مبدأ نقل المسؤولية، حيث قضت بما يلي:

"وبالرجوع إلى لائحة الدعوى نجد أنها تضمنت المطالبة بالتعويض عن أضرار لحقت بالمدعية نتيجة خطأ متعمد للتأخير في التنفيذ وأخطاء ناتجة عن الإخلال بشروط العقد الذي أبرمته مع البلدية. وحيث أن قرار محكمة البداية المؤيد لاسبابه في الحكم المميز قام قضاءه بالخلط بين الخطأين دون أن تفرق بين ما كان ناتجا عن العقد وبين ما كان ناتجا عن الخطأ

---

[١] السرحان، مرجع سابق، ص٣٥٤.

المتعمد. وحيث أن التأخير الذي زعمت المميزة في دعواها على فرض ثبوته كان بدافع شخصي يهدف إلى تحقيق كسب مادي فانه بهذا المفهوم **يخرج** عن نطاق المسؤولية العقدية **ويدخل** في باب المسؤولية التقصيرية" [١].

وفي ذلك نرى أن المحكمة الموقرة تحدثت عن فكرة نقل المسؤولية بعد تثبتها ابتداءً من توافر الخطأ الجسيم في ظل المسؤولية العقدية بادئ ذي بدء. فهي بذلك تقر ولو بشكل ضمني بنقل أثر الخطأ الجسيم إلى حيز المسؤولية التقصيرية بحيث تنتقل هذه المسؤولية بكافة مكنوناتها الأولية ودون الحاجة لإعادة النظر فيها مجددا إلى مسؤولية تقصيرية.

إذاً ، لاحظنا كيف سارت الأمور في هذا المبحث نحو إقرار أمر غاية في الأهمية قوامه لزوم انتقال المسؤولية من عقدية إلى تقصيرية من لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بها –في حال رغبة الدائن باعمال خياره هذا- وليس من لحظة تشكل العقد، لما يحفظه ذلك للدائن من حقوق، ولما يوفره هذا المبدأ من منطقية مطلقة في محاكاة الأمور ومحاكة هذه الطبيعة الخاصة التي ابتدأت بعقد لا يمكن انكاره وانتهت بخرق لواجب قانوني أزال العقد عن اتجاه الصحيح [٢].

والسؤال مدار الطرح هنا، كيف سيشرع الدائن في إعمال خياره بنقل المسؤولية وفق ما تقدم؟ وما هي الميزات التي اختطها الدائن لنفسه بإعماله لخيار نقل المسؤولية هذا؟

* * * * *

---

[١] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٠/٥٢١ (هيئة ثلاثيه) – منشورات السعيد القانونية.

[٢] يراجع في ذلك تسنيد انتقال المسؤولية من لحظة ارتباطها بالخطأ الجسيم وفق ما تم بيانه في المبحث الاول من الفصل الثاني من هذه الرسالة.

المبحث الثالث

الأثر المترتب على انتقال المسؤولية العقدية إلى تقصيرية

بينت هذه الدراسة مدى تقبل المشرع لمبدأ نقل المسؤولية العقدية إلى أخرى تقصيرية في حال ارتباطها بخطأ جسيم، وما رافق ذلك من بيانٍ لأخذه بهذه النظرية فعلا. ومن ثم فإن الأثر المترتب على ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية هو أثر ناقلٌ لهذه المسؤولية من حيز المسؤولية العقدية إلى حيز المسؤولية التقصيرية من لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بهذا العقد.

وبقي لي أن أبين الآثار المباشرة وغير المباشرة على هذا الانتقال في إطار المسؤولية مقتصرا في ذلك على ستة أوجه اختلاف وجدت أنها الأبرز والأكثر انسجاماً مع هذه الرسالة، تاركا بذلك ما بقي من اختلافات يمكن لها أن تكون مدار بحث اخر. وفي هذا الصدد سأناقش في هذا المبحث أثر انتقال المسؤولية محل هذا البحث من الأوجه التالية:

- **المطلب الأول: من حيث النصوص القانونية التي تطبق.**
- **المطلب الثاني: من حيث نطاق المسؤولية والتعويض.**
- **المطلب الثالث: من حيث التضامن بين المدينين.**
- **المطلب الرابع: من حيث امكانية الإعفاء من المسؤولية.**
- **المطلب الخامس: من حيث تقادم المسؤولية.**
- **المطلب السادس: من حيث الزامية توجيه الانذار.**

المطلب الأول:
من حيث النصوص القانونية التي تطبق

سبق وأن بينت تواتر العلاقة العقدية بعلاقة تقصيرية منذ لحظة ارتباطها بخطأ جسيم. والمسؤولية العقدية بينة في نصوصها والمسؤولية التقصيرية كذلك فأبواب القانون المدني الأردني واضحة لا لبس فيها بخصوص هذا الشأن وكل مسؤولية مؤطرةٌ باطارها الخاص.

والحقيقة أن بعض لُبس قد يحدث هنا في تبعات عملية إنتقال المسؤولية العقدية من صورتها العقدية إلى مسؤولية تقصيرية بفعل ارتباطها بالخطأ الجسيم. والسؤال في هذا الموضوع يتمثل في الوقت الذي نطبق به أحكام المسؤولية التقصيرية على هذه المسألة. ورغم ما قدمه المبحث السابقمن بيانٍ لوقت انتقال المسؤوليةماثلاً ذلكبوقت ارتباط العقد بالخطأ الجسيم. إلا أن دليلاً معيارياً لابد من توفره لمطبقي هذه الحالة. فهل التعويض سابق لانتقال المسؤولية ام لاحق لها؟ وما هو الحكم في حال كون أحد أطراف العقد مدينا محترفا؟ هل تغدوا النصوص في حينها مختلفة التطبيق؟ وهل سيؤثر ذلك على عملية انتقال المسؤولية؟

إن الإجابة على الحالة الماثلة أمامنا، يكون من خلال تقسيم مراحل العقد الذي ارتبط بخطأ جسيم إلى ثلاثة أقسام هي:

أ) مرحلة ما تم وانتهى قبل حدوث الإخلال الجسيم: وخير مثال على هذه الحالة هي مرحلة نشوء العقد التي تمت وأكتملت في ظل الأحكام الناظمة للعقد، مما يعني بالتبعية شمولها بالأحكام المطبقة على العقد.

ب) مرحلة ما هو واقع قبل وقوع الخطأ الجسيم والمرحلة اللاحقة له: وهي تلك الحالة التي اختط المتعاقدون لنفسهم بها شروطا معينة أو وضع لهم القانون بها أولويات معينة مفترضة بحكم العقد ومستمدة منه بالضرورة. ومثال ذلك حالة خروج المتعاقدين عن الأصل العام ووضعهما شرطاً -في حال تعددهم- بالتضامن فيما بينهم. فإن مصير مثل هذا الشرط هو الانتقال مع انتقال المسؤولية دون التأثر بها.

ج) مرحلة ما بعد حدوث الخطأ الجسيم: وهي مرحلة تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية اذا رغب الدائن إعمال خيار نقل المسؤولية. ولعل أبرز مثال عليها هي

حالـة التعـويض التـي سـتقدر وفـق مـا يقـدر علـى أساسـه التعـويض عـن المسـؤولية التقصيرية.

ويمكن في هذا الشأن القول: أن كل ما تم في مرحلة العقد (قبل وقـوع الخطـأ الجسيم) ينطبق عليه حكم العقد وما ينتج عنه من مسؤولية، باستثناء ما اتفق عليـه الطرفـان اتفاقـا صـريحا يَصُبُ فـي مصـلحة الـدائن ويـوحي واقـع الاتفـاق أن ارادة العاقـدين قـد اتجهـت الـى إعمالـه فـي شـتى الظروف، وأن كل ما تم من لحظة وقوع الخطأ الجسيم يخضع لحكم المسؤولية التقصيرية إذا ما أعمل الدائن خياره بانتقال المسؤولية وفق ما تقدم.

وحقيقة الأمر، أنني أعود للقول بأن خير الحلول ومنعا لأي جدل فقهي يكون في تعديل نص المادة (٣٦٣) من القانون المدني وبما يضمن سلاسة حدوث هذه العملية وفق مـا قدمتـه مـن نـص مقترح في نهاية المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه الدراسة. وأخص بالذكر تلك الفقرة التي تتحدث عن موضوعنا هذا والتي اقترحت نصا لها كما يلي:

- المادة (٣٦٣/ب/٢): "ويكون للدائن في هذه الحالة الاستفادة مـن جميـع مـا تنطويـه المسـؤولية عن الفعل الضار من أحكام، على أن استخدامه لأي من هذه الأحكام يعني إعماله لبقية أحكام المسؤولية عن الفعل الضـار فقط دون أحكـام العقد أو المسؤولية المترتبة عنه".

وأخيـرا فـي هـذا الجانـب وعلـى خطـى بيـان النصـوص واجبـة التطبيـق، فـإن حالـة خاصـة قـد تعتري تنفيذ العقد إبان ارتباطه بالخطأ الجسيم وانتقاله من ثم بإرادة الدائن إلى مسؤولية تقصيرية، ظـاهراً ذلـك فـي الحالـة التـي يكـون الالتـزام التعاقـدي ابتـداءً قـد نشـأ لظـروف معينـة أو لمحاكـاة تخصـص معين مـع مـدين محتـرف. وهـذه الحالـة تقتضـي تحميـل المـدين التزامـاً مفترضـاً قوامـه تحقيق نتيجة تبعاً لإحترافه أو تخصصه. وبذلك يقضي الأمر فـي هـذه الحالـة مجـرد اثبـات مسـألة الاختصـاص من قبـل الـدائن ليلقـى مـن ثـم عبء اثبـات تحقيـق النتيجـة أو الخـروج عنهـا لظـروف مباحة يقرها القانون علـى عـاتق المـدين المحتـرف [١]. وهـي حالـة خاصـة تتطلـب منـا البحـث فـي وقت انتقال المسؤولية لما يترتب عليه من اختلاف النصـوص القانونيـة الناظمـة لكـل حالـة. فالفقـه

---

[١] عبدالرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، مرجع سابق، ص٥١.

والقضاء على نحو ما سيلي يعتبر الاخلال المعتدل في هذه الحالة يرقى في قوامه إلى الخطأ الجسيم الذي يؤدي في نهايته إلى قيام خيار الدائن في إعمال نظرية انتقال المسؤولية.

ويذهب القضاء الفرنسي في نتيجة مماثلة لما تقدم ذكره حول قيام التزام مفترض إزاء المدين المحترف قوامه صيرورة التزام هذا المدين المحترف التزاما بتحقيق غاية بغض النظر عن ذكر ذلك بالعقد أم لا.

ففي قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية كانت وقائعها تدور حول أحد العملاء الذي أودع لدى البنك وفي خزنة حديدية مستقلة مبلغا من المال ومجموعة من الأوراق الهامة التي تعرضت للتلف نتيجة غمرها بالمياه الراشحه من الأرض رغم أن البنك كان يوفر عوازل مناسبة وأدوات لإزالة أي رشوحات في المياه. وأن هذه الادوات قد توقفت بسبب انقطاع التيار الكهربائي وقت الحرب آنذاك. وقد حكمت المحكمة حول هذه القضية بمسؤولية البنك على اعتبار أنه مدين محترف ترتقي مسؤوليته نحو الالتزام بتحقيق النتيجة وأن أي دفع من قبله بتوافر السبب الأجنبي هو دفع غير مبرر؛ ذلك أن فيض الماء كان متوقعا ومن الممكن تلافيه، بالأخص أن انقطاع الكهرباء كان أمرا شائعا اثناء الحرب بل هو كذلك حتى في غير أوقات الحرب أيضا [١]، مما مهد للمحكمة من ثم الانطلاق نحو وصف ما قام به البنك بأنه يرقى في قوامه حد الاخلال الجسيم وما يعتري ذلك من اتساع نطاق التعويض.

وبذات الموضوع قضت محكمة النقض الفرنسية أيضا:

"إن العقد الذي يضع بمقتضاه العميل أشياء في الخزينة الحديدية بالبنك يتضمن التزاما خاصا على هذا الأخير بالحراسة، يفرض عليه اتخاذ كافة الإحتياطات الضرورية التي من شأنها المحافظة على الخزينة الحديدية، وما تحتويه. وان تلف هذه الاشياء المودعة في الخزنة الحديدية نتيجة للعمليات العسكرية، يرجع إلى إهمال البنك في عدم إخلاء الخزينة الحديدية ليلة وقوع العمليات العسكرية" [٢].

---

(١) المرجع نفسه، ص٥٣-٥٤.

(٢) عبدالرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، مرجع سابق، ص٥٤.

وتاليا لذلك، يغدوا من الواضح أن أي إخلال في الالتزام بتحقيق غاية يعتبر في قوامه خطأ جسيما في مسلك المدين المحترف أو على أقل تقدير الضامن للالتزام بتحقيق غاية. مما يتبع وإياه انطباق أي تبعة خاصة أو عامة من تبعات انتقال المسؤولية بفعل ارتباط العقد بالخطأ الجسيم على نحو ما تقدم.وأحَدُ الحِكَمِ التي لأجلها اقر هذا المبدأ (عدم حاجة الدائن لاثبات وقوع خطأ من المدين الملتزم بتحقيق نتيجة) يتمثل في أمر غاية في الأهمية قوامه أن بعض أنواع أو صنوف المسؤولية الناشئة عن العقد تقوم –كما هذه الحالة- دون حاجة لوجود الخطأ أو إثباته، فالضرر مفترض بمجرد عدم تحقيق النتيجة حتى وإن لم يكن هنالك خطأ من جانب المدين؛ حيث لا تنحسر مسؤولية المدين هنا بنفي الخطأ أو إثبات عدم وقوعه بل تذهب حد جعله مقصرا ومخطئا خطأ جسيما حتى يثبت العكس ويُثبت المدين –من ثم- أنه قام بالفعل أو لم يقم به لمبرر صحيح؛ كوجود خطأ من الدائن أوتَخَلُلِ تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة أو سبب أجنبي [١].

بينا في هذا المطلب، مفهوم انتقال المسؤولية على النحو الموصوف في هذه الدراسة ومن كون تلك المسؤولية تنتقل من لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بالعقد. وأتينا على ذكر خط زمني ينظم كل حكم من الأحكام المنبثقة تحته.

ومن ثم تعرضت هذه الدراسة إلى حالة خاصة ممثلة بتلك التي يرتبط بها العاقد مع طرف خبير يجعل من الالتزام التزاما بتحقيق غاية ويجعل من الاخلال به سببا موجبا لقيام الخطأ الجسيم وفارضا من ثم لنظرية انتقال المسؤولية.

* * * * *

---

[1] المرجع نفسه، مرجع سابق ص٥١٥.

المطلب الثاني:
من حيث نطاق المسؤولية والتعويض

بعد أن ناقشت الأحكام التي تنطبق على انتقال المسؤولية العقدية إلى أخرى تقصيرية بفعل ارتباطها بالخطأ الجسيم، وتوصلت إلى أن المسؤولية تنتقل في لحظة نشوء الخطأ لا منذ وجود العقد. فإن ما ينبني على ذلك في إطار البحث عن مقدار التعويض الواجب اداؤه للدائن في هذه الحالة، لابد أن يتم مناقشته في إطار المسؤولية التقصيرية. وكأننا في ذلك نتحدث عن خط زمني فأصل بين مرحلتين تختص كل مرحله بأحكام منفصلة عن الأخرى.

ويترتب على هذه النتيجة أمور هامة ستكون مدار النقاش القادم، نبتدء في هذا المطلب بفكرة حجم التعويض الذي سيشمل في هذه المرة اضافة إلى التعويض عن الضرر الفعلي، التعويض عن الكسب الفائت والضرر الأدبي على حدٍ سواء (الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع). وفيما يلي تفصيل ذلك دون الدخول في الجزئيات منعا للخروج عن إطار هذه الدراسة.

فالمادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني تنص في إطار إفرادها لآلية تقدير التعويض المترتب على الإخلال بالمسؤولية العقدية، على ما يلي:

"إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

بينما تنص المادتان (٢٦٦) و (٢٦٧)من ذات القانون وبشكل متتالٍ في إطار حديثهما عن كيفية تقدير التعويض في حالات المسؤولية التقصيرية على ما يلي:

<u>المادة ٢٦٦:</u>

"يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

<u>المادة ٢٦٧:</u>

١. يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان.
٢. ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.
٣. ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي.

وعليه، وكما تقدم فإن التعويض في المسؤولية العقدية لا يشمل سوى الضرر الفعلي دون الكسب الفائت أو التعويض عن الضرر المعنوي [١]، بينما يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية التعويض عن الضرر الفعلي والكسب الفائت علاوة عن امكانية التعويض عن الضرر المعنوي [٢].

وتؤيد محكمة التمييز الموقرة هذه النتيجة في ثلة من قراراتها حيث تذهب في احدى قراراتها [٣] إلى ما يلي:

"* حددت المادة ٣٦٣ من القانون المدني التعويض الذي يستحقه أحد المتعاقدين إذا لم يجر تنفيذ العقد عينيا بالضرر الواقع فعلا حين وقوعه ما لم يكن مقدرا في العقد أو في القانون.

---

[1] السرحان، مرجع سابق، ص٣١٧ – ٣١٨. ويشار في ذلك إلى ان المشرع الأردني وعلى خلاف العديد من التشريعات المدنية المقارنة يأخذ بهذا المبدأ (اقتصار التعويض على الضرر الفعلي) وذلك اعمالا منه للقواعد المستقاه من الفقه الاسلامي. كما ويشار في هذا الصدد ان بعض الفقه يرى امكانية التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية معللا ذلك تارة من الفقه الاسلامي وتارة أخرى من الفقه الوضعي. انظر في ذلك: قبها، باسل (٢٠٠٩)، التعويض عن الضرر الأدبي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح، فلسطين، نابلس، ص ٨٠-٨٨.

[2] المرجع نفسه، ص٤٧٢-٤٧٦. والغريب في هذا الصدد هو رجوع المشرع الأردني عن موقفه السابق المستمد من قواعد الفقه الاسلامي -في المسؤولية العقدية- و القاضي بأن التعويض لا يشمل سوى الضرر الواقع فعلا.

وفي ذات المعنى انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص١٠٩٤-١١٠١.

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٠/٥٦٠ (هيئة ثلاثية) تاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٩ – منشورات مركز عدالة

* إذا لم يقدم المميز ما يثبت أنه لحق به ضرر فعلي من جراء عدم طباعة الكتاب ولا مقدار ذلك الضرر فإن مطالبته من هذه الجهة تغدو مستوجبة الرد، أما عن مطالبة المميز بالتعويض عن الربح الفائت والتعويض المعنوي فهي مردودة أيضا ذلك لان هذا النوع من التعويض لا يحكم به في المسؤولية التعاقدية إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم الأمر الذي لم يثبته المدعي حيث لم يقدم ما يثبت ان سبب تأخر تنفيذ الالتزام ناشىء عن غش أو خطأ جسيم من جانب الشركة المدعى عليها".

فيما تذهب مؤيدة لذات النتيجة وفي قرار اخر لها [١] إلى ما يلي:

"إذا كانت العلاقة بين طرفي الدعوى هي علاقة تعاقدية وأن المطالبة بالأضرار يحكمها المسؤولية العقدية باعتبار أن مصدر الالتزام بينهما هو العقد وليس الفعل الضار مما يتعين تطبيق أحكام المواد ٣٦٠-٣٦٤ من القانون المدني على وقائع الدعوى، وأن الضمان المطالب به ينحصر فيما يساوي الضرر الواقع فعلاً بالمدعية ولا يشمل الربح الفائت والضرر المعنوي ما دام أن المدعية لم تدع الغش والخطأ الجسيم بجانب الجهة المدعى عليها".

---

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٧/٨٨٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٧/٨/٣٠ – منشورات مركز عدالة

وكمـا تبـين لنـا إذن فـإن المسـؤولية العقديـة أقـل فـي شـمولية تعويضـها مـن المسـؤولية التقصيرية[١]، وهو الأمر الذي يعد احدى مميزات مبدأ انتقال المسؤولية سالف الإشاره إليه؛ حيث يستفيد الدائن هنا من اختلاف مقدار التعويض وشموليته بما يخدم صالحه ويجبر الضرر الذي أصابه.

وإن غاية هذه الدراسة الأهم تكمن في جبر ضرر ذاك الدائن المثقل بعبء خرق المدين لالتزامه التعاقدي معه، وإننا بذلك، أي بإعمال فكرة انتقال المسؤولية، نتقدم خطوة في صالح ذاك الدائن ونتقدم خطوة تالية في نموذجيةٍ قانونية كما ينبغي للعدالة أن تكون.

وعليه، فإن التعويض في هذه الحالة وبعد أن انتقلنا في إطار حدثينا السابق إلى المسؤولية التقصيرية، يغدومنسحباً على هذه الحالة ومشمولاً بتلك الأحكام التي يقتضيها التعويض في المسؤولية التقصيرية؛ حيث سيقتضي هذا الأمر إلى جانب التعويض عن الضرر الفعلي المتوقع الحكم بالتعويض عن كلٍ من الكسب الفائت والضرر المعنوي وأي اضرار أخرى لم تكن متوقعة الحدوث عند التعاقد. وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية في هذا الشأن فتقول:

"لئن كان أساس التعويض الذي يستحقه المستأجر في حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسؤولية العقدية التي تقضي قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول إلا أنه إذا كان المؤجر قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول" [٢].

---

[١] انظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٩٦٨/٣٩٥٦ منشور بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٨ – منشورات شبكة قانوني الأردن:

"تقدير التعويض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على اساس المسؤولية العقدية اخف عنه على اساس المسؤولية التقصيرية ، اذ انه طبقا لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية - في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم - على الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، اما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع ، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول اذا لم يكن في الاستطاعة توقيفه ببذل جهد معقول ، ويقاس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي ، بمعنى انه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيه المدين وقت التعاقد ، ولا يكفى توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه" .

[٢] قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١١ س١٧ ص ١٠١٨. مشار إليه في: فوده، عبدالرحيم (١٩٩٨)، التعويض المدني – المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية-، الاسكندرية: المؤلف نفسه، ص٤٣٥.

وتقف محكمة النقض المصرية موقفا مماثلا لذاك الذي سبقه، إذ تفرق بين حجم المسؤولية في كل من المسؤوليتين بانية ذلك على اختلاف مقدار التعويض في كل منهما، وفي ذلك حكمت بما يلي:

"إذا كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه وهو بسبيل تقدير ما يستحقه المطعون ضده من تعويض، اتبع المعايير التي تتطلبها المسؤولية العقدية، وكان تقدير التعويض على هذا الأساس أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية ذلك أنه طبقا لنص المادة (٢٢١) من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع، وكان الطاعن لم يبين وجه تضرره من خطأ الحكم في تقدير التعويض الذي ألزمه به على أساس المسؤولية العقدية دون التقصيرية، فإن هذا النعي –بفرض صحته- يكون غير منتج اذ لا يتحقق به للطاعن إلا مصلحة نظرية بحتةلا تصلح أساساً للطعن" (١).

وتؤكد ذات المحكمة ذات النتيجة التي ساقتها في عديد أحكامها وما أوردناه في هذه الرسالة، فتقول:

"المدين في المسؤولية العقدية، لا يلزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم، إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وذلك عملا بالمادة (١/٢٢١) من القانون المدني. والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي. بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات" (٢).

ولعل هذا الحكم الأخير وإلى جانب ما يوحي إليه من فكرة جوهرها اتساع حجم التعويض في حال ارتباط العقد بغش أو خطأ جسيم، إلا أنه يضع في ذات الوقت معيارا واضحا لاحتساب التعويض أيضا سواء كان متوقعا أو غير متوقع، بحيث يقوم هذا المعيار على احتساب التعويض

---

(١) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١١،١١،١٠٦٥ رقم ١٠٠٩ سنة ١٦. مشار إليه في: الطباخ، مرجع سابق، ص٦٦٧.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٣/٣١ في الطعن رقم ٥٣٨ سنة ٨٦ ق (مجموعة محكمة النقض ٢١-١-٥٣٨-٨٦).

- مشار إليه في: المنجي، محمد (٢٠٠٣)، دعوى التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية والشيئية –مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض-، الاسكندرية: مساق المعارف ، ص٢٧٨.

وفق ما يقدره الرجل العادي الطبيعي في ظروف طبيعية لا في ظروف خاصة أو في ظروف مصاحبة للعقد المعين على وجه الخصوص.

هذا وبإمكان القضاء المتردد في تعليل حكمه على أساس ما تضمنته هذه الدراسة مع اقتناعه بالفكرة التي تنادي بها، أن يستند في حكمه إلى صلاحية المحكمة المطلقة في تقدير التعويض دون بيان عناصره ومشتملاته، ويساير هذه النتيجة تواتر في قرارات محكمة النقض المصرية في ذات الموضوع أقتبس منها ما يلي:

- "يكفي لسلامة الحكم بالتعويض أن يتحدث عن وقوع الفعل وحصول الضرر، دون حاجة إلى بيان عناصر هذا الضرر ما دام تقدير التعويض هو من سلطة محكمة الموضوع حسبما تراه مناسباً" [١].
- "لا يعيب الحكم أنه لم يذكر موجبات ما حكمت به المحكمة ورأته مناسبا للتعويض إذ الأمر في ذلك متروك لتقديرها بغير معقب عليها" [٢].
- "إن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع طالما أنها تعتمد في ذلك على أساس معقول" [٣].
- "تقدير الضرر وتقدير التعويض عنه هو من المسائل الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها فيه" [٤].
- "إن تقدير أعمال الخبير وتقدير التعويض أمران تستقل بهما المحكمة ولا رقيب عليها فيهما" [١].

---

[١] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٥/٦/٧ – طعن رقم ٥٢ سنة ٢٥ ق مجموعة القواعد المدنية لربع قرن – الملحق رقم ١٥ ص ١٢٨٧. مشار إليه في: جمعة، عبدالمعين (بدون سنة نشر)، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، القاهرة: عالم الكتب، ص٣١٣.

[٢] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٢/١٤ – طعن رقم ١٢٣٥ سنه ٢٥ ق – مجموعة الأحكام الجنائية السنة ٧ ص ١٧٨. مشار إليه في: جمعة، مرجع سابق، ص٣١٣.

[٣] قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة المدنية الصادر بتاريخ ١٩٥٨/١١/٦ – طعن رقم ٢١٥ سنه ٢٤ ق – مجموعة الأحكام "مدني" السنة ٩ ص ٦٨٨. مشار إليه في: جمعة، مرجع سابق ص٣١٤.

[٤] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٨/١١/١٣ – طعن رقم ٢٣٠ سنه ٢٤ ق – مجموعة الاحكام "مدني" السنة ٩ ص ٦٨٩. مشار إليه في: جمعة، مرجع سابق، ص٣١٤.

يجدر أخيرا في هذا السياق، الإشارة إلى مذهب بدأت تعمله المحاكم في دول القانون المقارن بناءً على توصيات متتالية من الفقه في تلك الدول تحت ما يسمى بنظرية الخطأ المشترك. ومفاد هذه الإشارة أنه وعلى الرغم من الترتيبات التي تضعها المحاكم في اعتبارها في حال ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية وما يشكله هذا الارتباط من تغيير في نطاق التعويض، فإن هذه الحالة رهينة بكون المدين هو المقصر أو المخل الجسيم الوحيد في هذه المعادلة. وعليه، فإن ارتباطاً للمسؤولية بطرفي التعاقد على نحو يكونكل منهما مخلاً أومهملاً بشكل جسيم في تنفيذ هذا العقد سيؤثر بشكل فعلي على مسار التعويض وما يتلوه من موجبات أخرى. على أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال اعتبار أي إخلال يقوم به المضرور (الدائن) بمثابة الإخلال المنقص لمقدار التعويض أو في بعض الأحيان الملغي له. بل أن المقصود في هذه العملية هو ذاك الخطأ أو الإهمال الجسيم الذي يقوم به المضرور في إطار علاقته العقدية اتجاه مدين يتسم بخبرات فنية كان يمكن للمضرور تلافي حدوث الضرر لو استفاد من تلك الخبرات أو التوجيهات على نحو سليم تماماً [٢].

ولعل هذه الحالة المتقدمة لا تثور عادة في الواقع العملي، وخير مثال عليها هي تلك الحالة التي يتعامل بها المضرور بوصفه مريضاً لأحد الأطباء، مع طبيب مختص في مجال معين، فيقوم هذا الأخير بتنبيه المضرور (الدائن) إلى آلية معينه لأخذ العلاج دون أن يحرص على تأكيد هذه الآلية ومن دون أن يقوم المضرور بالتأكد من آلية العلاج أو حتى الاستفسار عنها، فيتخذ من نفسه؛ أي المضرور، دور الطبيب ويقرر طريقة معينة لأخذ الدواء فيصاب بالضرر. وفي حينها يكون كلا المتعاقدين قد قصر بشكل جسيم. والقانون الأوروبي الوحيد الذي يشير إلى هذه الحالة بشيء من الوضوح غير المخل هو القانون السويسري تحت ما يسمى بنظرية الخطأ المشترك [٣]. كما ويسن القانون الإطالي نهجاً مقاربا بهذا الشأن كوسيلة دفاعية في مواجهة تطبيق موجبات المسؤولية العقدية على أي درجة من درجات الخطأ بما في ذلك الخطأ الجسيم، وذلك على خلاف

---

[1] قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثانية عشر المدنية الصادر بتاريخ ١٩٦٠/٤/١٠ – استئناف رقم ٦٩٩ سنه ٧٤ ق). مشار إليه في: جمعة، مرجع سابق، ص٣١٤.

[2] THE EUROPEAN COMMISSION (April 2004), COMPARATIVE ANALYSIS OF NATIONAL LIABILITY SYSTEMS FOR REMEDYING DAMAGE CAUSED BY DEFECTIVE CONSUMER SERVICES, Project Manager: Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, p 8.

[3] THE EUROPEAN COMMISSION (April 2004), op. cit, p32.

القانون السويسري الذي يتجاهل أي خطأ بسيط في أي خطة دفاع ازاء المسؤولية العقدية إذا لم يكن هذا الإخلال جسيما واضحا [١].

وختاما في هذا المطلب، فإن النتيجة فيما سبق وحين إعمال الدائن لخيار انتقال المسؤولية العقدية لارتباطها بالخطأ الجسيم، تتمثل في شق التعويض بخضوعه لما يخضع له التعويض في المسؤولية التقصيرية إجمالا. فيدخل في ذلك الضرر المتوقع وغير المتوقع ويدخل فيه –بعيدا عن الجدل الفقهي حول شمول المسؤولية العقدية له- الضرر الأدبي كذلك.

والجدير بالملاحظة أن اتجاهات فقهية حديثة باتت تنادي بالمسؤولية المشتركة (الخطأ المشترك) كدفع لحالة الإخلال الجسيم في العقد، ففي حين يتطلب هذا الدفع في القانون السويسري كون كلا المتعاقدين قدقصرا تقصيراً جسيماً . يمنح القانون الإيطالي في سبيل تخفيف العبء الذي يلقيه ارتباط الخطأ الجسيم في العقد للمدين، إثبات خطأ دائنه مهما كان نوع ذاك الخطأ. وذلك على النقيض من القانون السويسيري الذي يتطلب لهذه الحالة وقوع الخطأ الجسيم من كلا المتعاقدين لدفع عواقب هذا الخطأ.

* * * * *

[1] ibid, p53.

المطلب الثالث:

من حيث التضامن بين المدينين

إنطلاقا مما انتهيت إليه وانتقالاً إلى هذه الإشكالية التي ستكون مدار البحث المقبل لما لها من أهمية تصب في صالح الدائن المثقل بعبء ما ألم به جراء استهتار مدينه بصورة غير سوية. فقد كان لزاماً عليَّ وتسهيلاً على الدائن أن أبين أحد المخارج المعينة له في دعواه أو مطالبته. ممثلاً ذلك بمدى امكانية التضامن بين المدينين في علاقة عقدية أنتقلت إلى تقصيرية بفعل ارتباط الخطأ الجسيم بها.

وابتداءً، فتجدر الإشارة إلى إن الأصل العام في المعاملات المدنية وما تتضمنه من عقود وما ينشأ عنها من مسؤولية عقدية يذهب إلى انتفاء التضامن بين المدينين مالم يوجد نص أو اتفاق يخالف هذا الأصل،اعمالاً بذلك لنص المادة (٤٢٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص: " لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون".

وتخلو النصوص التي تتحدث عن المسؤولية العقدية من أي نص مخالف يدل على تضامن المدينين افتراضا، ويخرج عن هذا الأصل العام حالة فريدة ممثلة بالتضامن بين مقاول ومهندس البناء [1].

وإننا وبإعمال النتيجة أعلاه، وبنقلنا المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية نقصد بذلك مزايا هذه المسؤولية من لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بالعقد، ومن تلك الميزات المبتغاة إمكانية حدوث التضامن بين المدينين سنداً لنص تشريعي واضح ينادي بتلك النتيجة [2].

---

(1) وفقا لما أوردته المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني.

(2) تنص المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني على :

"إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم".

وبرغم أن النص الأردني لا يفترض هذا التضامن كما هو السائر الأعم بين القوانين المدنية [1]، إلا أنه يعطي صلاحية غير مقيدة للمحكمة في افراد حكم التضامن على المدينين في هذه الحالة. وأرى بهذا الشأن أنّ قصوراً قد اصاب النص الأردني حيث أن الأولى في هذا الشأن هو جبر الضرر لطرف لم يصدر من قبله الخطأ في مقابل مدينين مخطئين أصلا.

وفي ذلك أقترح تعديل نص المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني، من خلال القيام بإعادة ترقيم هذه المادة وإعتبار نصها الحالي ممثلا للفقره الأولى، ومن ثم إضافه فقرة ثانية إلى هذه المادة يكون نصها كما يلي:

"ويكون التضامن بين المدينين مفترضاً إذا كان مرده وحدة الخطأ أو إنتقال المسؤولية من صورة إلى أخرى".

إذن وبعد أن بينا ما يحققه الدائن من امتياز بنقله المسؤولية من مسؤولية عقدية إلى أخرى تقصيرية بفعل ارتباط الخطأ الجسيم بالعقد، قائما ذلك بحصوله على فرصة نيل حكم قضائي بتضامن المدينين فيما بينهم بأداء دينه.

ومع ما أثارته بخصوص إجراء تعديلٍ على نص المادة (٢٦٥) من القانون المدني، بما يتيح للدائن تضامن المدينين في حالة انتقال المسؤولية تبعا لمسؤوليتهم الأولى ولما لتعويض الدائن من أولوية في هذه الحالة على حساب المدينين الذين يستطيعون في وقت لاحق بعد وفاء دين المضرور الرجوع على بعضهم البعض في مطالبات مستقلة لإثبات عدم مسؤوليتهم عن التسبب في نقل المسؤولية، وبما يؤسس إلى إعادة ما قاموا بدفعه من أموال عن المدين الأصلي في وقت سابق.

* * * * *

[1] السرحان، مرجع سابق، ص٣٥٤.

المطلب الرابع:

من حيث إمكانية الإعفاء من المسؤولية

إن توافر أركان المسؤولية العقدية ابتدأ من إخلال وضرر وعلاقة سببية، تؤدي حتما إلى قيام المسؤولية العقدية على نحو ما تقدم، وما يترتب على ذلك من الزام المدين بالتعويض عما ألحقه من ضرر فعلي مباشر متوقع، وبذلك فإن هدف قيام هذه المسؤولية هو تعويض المضرور عما أصابه في الدرجة الأولى دون الالتفات إلى نية عقاب المدين. وكما هو معلوم فإن المسؤولية العقدية إنما هي نتاج العقد وما لحقه من إخلال وضرر وعلاقه سببية تجمعهما، والأصل في العقود هو الإتفاق؛ حيث أن للعاقدين ما تعاقدا عليه واتفقا بشأنه، ومن ذلك فإن الشرط الوارد في أي من العقود والذي ينص على إعفاء المدين من التزامه حين تحققه هو شرط صحيح أصولا.

إلا أن بإمكان القارئ لنصوص القانون المدني الأردني أن يستنبط حالات معينة يتدخل المشرع فيها بصفته الآمرة واضعاً استثناءً مانعا من الإعفاء من المسؤولية لتعلق الأمر بالنظام العام أو بغية حماية مصالح عامة أو مصالح خاصة إتجاه طرف ضعيف غالباً [1].

ويقر المشرع الأردني في القانون المدني بمبدأ الإعفاء من المسؤولية العقدية [2] استنادا إلى مبدأ سلطان الاراده وحرية المتعاقدين في الاتفاق على ما شاءا من أحكام [3]، كما وينص في المادة (٣٥٨) منه على ذلك بشكل اكثر صراحة حينما يقول:

١. إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

---

[1] السرحان، مرجع سابق، ص٣٢١.

[2] المرجع نفسه، ص٣٢٠. ايضا انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج١،ص٧٥٦-٧٥٧.

[3] تنص المادة ٢١٣ من القانون المدني الأردني على: " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد ".

إذن، فاشتراط الإعفاء من المسؤولية العقدية جائز من حيث الأصل العام ويتخلل هذا الأصل بعض الإستثناءات المتفرقه؛ حيث لا يمكن لهذا الشرط أن يحظى بفاعليته في مواجهة عقد قوامه التزام بتحقيق غاية (نتيجة) إلا إذا شاب تنفيذ مثل هذا العقد ظرف معين يزيل عبء المسؤولية كالقوة القاهرة [١] أو في حالات أخرى تسنها القوانيين اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسي ممثلا ذلك بخطأ أو حالة تدخل الدائن بصورة أثرت على تنفيذ العقد [٢] أو في حالات أخرى أكثر عمقا وقربا لموضوع هذه الرسالة كحالات الغش أو الخطأ الجسيم على نحو ما هو آتٍ.

ويأتي هذا الحكم المتقدم -إمكانية الإعفاء من المسؤولية وجواز الاتفاق عليه مسبقا- في المسؤولية العقدية فقط وعلى خلاف ما اوردته قواعد المسؤولية التقصيرية من أحكام في ذات الموضوع؛ حيث يعم عليها (أي المسؤولية التقصيرية) أصل عام مفاده عدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وهذا حكم ترتبه المادة (٢٧٠) من القانون المدني الأردني حين نصت: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار".

ومرد ذلك عائد إلى طبيعة المسؤولية التقصيرية بوصفها من منظومة القواعد المرتبطة بالنظام العام [٣].

إن ترتيب ضمانة قوية لصالح الدائن -المصاب بجسامة ضرره جراء مسؤولية عقدية تخللها خطأ جسيم- ممثلة بعدم إمكانية التلاعب أو الدفع بشرط معفٍ من المسؤولية هي خلاصة سائغة في حق الدائن. ولذا فإن الأثر المترتب على انتقال المسؤولية وما يمثله ذلك من زوال أي فرصه أواشتراطٍ يدفع به المدين مسؤوليته يصب في صالح الدائن بلا شك.

كما ويلعب هذا الحكم أثره في تلك الحالات التي تتضمن ظروفا غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، ولربما تكون خارجه عنه في بعض الاحيان رغم ارتباطها به (مثال: إفلاس أحد المصادر التي يتعامل معها المورد الطرف في عقد مع فندق). وهذه الظروف غير المتوقعة يجملها القانون بأنها

---

(1) Chanda,S and Tiwari,R. (July 2011), The Concept of No-Fault Liability in Contracts for the Sale of Goods, Social Science Research Network. Retrieved March,21,2013, p 2.

- from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898289.

(2) ibid, p 4.

(٣) السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص١١٠٧

ظروف خارجة عن إرادة الأطراف ويخضعها لمبدأ الإعفاء من المسؤولية حتى من دون وجود نص صريح عليها في العقد. إلا أن بعض القوانيين كالقانون الأمريكي قد تنبهت لتلك الحالة وجعلت من الظروف غير المتوقعة سببا للإعفاء من المسؤولية من حيث الأصل العام، إلا إذا ارتبطت هذه الظروف بنية غش أو خداع أو إخلال جسيم من طرف المتعاقد ليصبح حينها مسؤولا تماماً عن تنفيذ العقد رغم ما تعرض له من ظروف [(١)]. ويمكن إجمال ذلك من خلال المثال السابق. بأن يكون المتعاقد على علم بالظروف المالية الصعبة لصاحب البضاعة التي يقوم بالتوريد له، فيلجأ وللتخلص من عقده مع الفندق إلىاستخدام حقه بتأخير دفعات مَصدَر البضاعة رغم توفر السيولة لديه قاصدا بذلك إفلاس ذلك المَصدَر ليتحلل هو بالنتيجة من التزامه مع الفندق.

وفيما تقدم قد يقول قائل، بأن القانون المدني وفي إطار المواد المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية قد أولى هذا الأمر اعتبارا خاصا وجعل من الخطأ الجسيم والغش حاجزا مانعا من المطالبة أو الدفع بالشرط الذي يقضي بالإعفاء من المسؤولية. والرد على ذلك يكون في أمرين أساسين هما:

- أولا: إن غاية المشرع من نص المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني غاية عامة مؤكده لعموم الالتزامات وهي بذلك لا تقتصر على مجرد المسؤولية العقدية. وهذا ما تشير إليه المذكرات الإيضاحية للقانون المدني -هذا على الرغم من كونها مصدراً غير رسمي من مصادر التشريع- حيث تقول: " ... وهذه المادة وإن كانت أغلب تطبيقاتها ترد في العقد إلا أنه قد يدخل في تطبيقاتها التزام غير عقدي كالالتزام القانوني باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير وهو ما قد يعبر عنه بالالتزام بعدم الإضرار بالغير، فهذا الالتزام ليسالتزاماً بالإمتناع عن الإضرار بالغير بل هو التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير فهو التزام بعمل وليسالتزاماً بالإمتناع عن عمل (السنهوري، الوسيط، ج 5 البند 424 ص 779 وعلى كل فوضع النص هنا يخول تطبيقه في كل الالتزامات مهما كان مصدرها)".

---

(1) Eisenberg, Melvin (2009), THE ROLE OF FAULT IN CONTRACT LAW: UNCONSCIONABILITY, UNEXPECTED CIRCUMSTANCES, INTERPRETATION, MISTAKE AND NONPERFORMANCE, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol. 107:1413, p 1418 – 1419.

- ثانيا: إن إيراد النص بهذه الصورة إنما هو لغايات عدة ابرزها تثبيت فكرة نقل المسؤولية على نحو ما تقدم [١].
- ثالثا: إن النص المتقدم يساعد على إعمال النظرية التي حاولت التأسيس لها في هذه الدراسة (انتقال المسؤولية ووقت حدوث هذا الانتقال). إذ أنه وبالحديث عن نقل المسؤولية بالتزامن مع وقت حدوث الخطأ الجسيم ودون وجود مثل هذا النص؛ أي نص المادة (٢/٢٥٨)، يصبح الحديث حول تبعات هذا الإنتقال وأثره على الشرط الذي تم صحيحا في ظل العقد محل وجوب مما يعني بالنهاية تطبيقه على الرغم من انتقال المسؤولية !

فما هو مصير شرط الاعفاء من المسؤولية بعد انتقال المسؤولية إذا ما قلنا بصحته قبل انتقالها؟ فهل سيتم الإلتفات عنه على أساس أن خرق العقد خرقا جسيما هو أحد موجبات انقضاء هذا الشرط بوصفه قد وضع ابتداءً لضمان حسن النية؟ أم قد يكون المخرج من خلال النظر نظرة متجددة إلىالعقد في شِقِهِ المستمر (كشرط الإعفاء من المسؤولية) باعتباره شرطاً لا يعيب ويتجدد لحظياً مع كل ثانية من استمرارية العقد، وأن هذا الشرط بصفته تلك قد انقضى وانتقل بانتقال المسؤولية كلها؛ ذلك أنه كان موجوداً (بوصفه شرطاً متجدداً) لحظة حدوث الخطأ الجسيم؟

<u>الحقيقه</u>، إن كل تلك التحليلات ليست ذات أثر أو فائدة، كما أن لا طائل من الحديث بها أو الإتساع بشرحها طالما أن نص الفقرة الثانية من المادة (٣٥٨) من القانون المدني موجود بصورته تلك.

وتأكيدا لما تقدم، فإن الإنقسام الفقهي حول هذا الشأن يكمن في محاولة طرفي هذه المعادلة إسباغ وصف تحليلي لعدم جواز الإعفاء من المسؤولية؛ ففي حين يذهب الرأي الأول إلى أن الحكمة من عدم جواز الإعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم راجع في أصله إلى انقلاب المسؤولية العقدية حين ارتباطها بالغش أو الخطأ الجسيم إلى مسؤولية تقصيرية لا يمكن وإياها الحكم بجواز الإعفاء من المسؤولية. يذهب الرأي الآخر إلى أن المشرع قد افترض حسن النية في المتعاقدين وأن ما يأتيه المتعاقد من غش أو خطأ جسيم إنما هو خروج عن مبدأ حسن النية وما

---

[١] العوجي، مرجع سابق، ص٩٩-١٠١.

ينتهي إليه هذا الخروج من وجوب ابتداع أو ايجاد مقوم رادع لذاك الخروج قوامه عدم جواز الإعفاء من المسؤولية [١].

ولعل أبرز العقود التي تثار بها فكرة الإعفاء من المسؤولية العقدية، هي تلك الاتفاقيات التي تسري في حالة الألعاب الرياضية وما شابهها وكذلك الأمر في الأنشطة التي تجري في دور العرض الترفيهي والتي تستخدم فيها أدوات أو معدات أو آليات خطرة بعض الشيء، وهو الأمر الذي يتطلب إعمالاً حَسَنَ النِيَّةِ لمبدء الإعفاء من المسؤولية. وما يثار بهذا الشأن هو أن حالة الإعفاء هذه لا تسري، لا بل وتصبح أثرا بعد عين في حال ارتباط تنفيذ هذه الآلية التعاقدية – مُفتَرَضَة حُسنِ النِية- بغش أو خطأ جسيم لا تستوعبه أصول الرياضة أو الفن المقدم في مثل هذه الحالات [٢].

وما تقود إليه نهاية الخلاف الفقهي هو نتيجة لا خلاف بها من خلال إجماع الفقه إجمالا على عدم جواز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم [٣].

وبإجمال ما تقدم، فقد رأينا معالجة لهذه الحالة، وخلصنا في نهاية الأمر إلى نتيجة اجتهادية مستندة إلى نص صريح من نصوص القانون ممثلا ذلك بنص المادة (٣٥٨) أو بنص المادة (٢٧٠) من القانون المدني قوامها عدم جواز تفعيل أو التعامل مع أي حالة من الحالات التي تضم

---

(1) الخوالدة، أحمد (٢٠١١)، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية – دراسة مقارنة، عمان: دار الثقافة، ص ١٦٦.

- يشار ايضا في هذا الصدد إلى وجود رأي فقهي ثالث حول فكرة الإعفاء من المسؤولية العقدية تتمثل في نوعية شرط الإعفاء الوارد من المسؤولية، مفرقا بذلك بين شرط الإعفاء المطلق من المسؤولية والذي يتحقق واياه عدم جواز الإعفاء من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم. وشرط الإعفاء المقيد من المسؤولية والذي يحدد به المدين درجة الخطأ الذي يعفى منه ايا كانت، كأن يعفي المدين نفسه من المسؤولية عن خطأه العمدي. وهو برأي هذا الجانب الاخير من الفقه مباح لاتفاق الفريقين عليه ابتداءً. يراجع في ذلك: العبيدي، علي، ١٩٩٠ "شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير) جامعة بغداد، العراق، بغداد، ص١٢٠ – مشار إليها في الخوالدة، مرجع سابق، ص١٦٦.

(2) THE EUROPEAN COMMISSION (April 2004), op. cit, p20-21.

(3) زهية، سريم (٢٠١١)، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، ص٦٩.

شرطا بالإعفاء من المسؤولية إلا سلبا وذلك في الوقت الذي يرتبط به العقد في أي من الأحوال بالغش أو الخطأ الجسيم.

ومن ثم عرضت لبعض التطبيقات العملية التي تتضمن شرط اعفاء من المسؤولية في حالات خاصة ومدى اعتبار هذا الشرطِ لاغ ِ من عدمه.

* * * * *

المطلب الخامس:

من حيث تقادم المسؤولية

تظهر أهمية هذا الموضوع في تلك الحالات التي تنضوي المسؤولية العقدية في صورتها الأساسية قبل انتقالها إلى مسؤولية تقصيرية أو قبل رغبة الدائن بالدفع بوجودها في قضيته على تقادم عقدي منصوص عليه بنص خاص يحدد مدة التقادم بمدة أقل من المدة العامة للتقادم الطويل في المسؤويلة العقدية عموما منتقلاً بذلك للإستفادة من النص الخاص بالمسؤولية التقصيرية بفعل ارتباط تنفيذ عقده بخطأ جسيم من قبل مدينه العقدي [١].

ولعل أبرز الأمثلة التي يمكن القياس على فكرتها –على الرغم من كونها مده سقوط لا مده تقادم- هي مسؤولية المقاول ومهندس البناء عن تهدم البناء، والتي تصل بموجب نص المادة (٧٨٨) إلى عشر سنوات [٢]، والتي يمكن للدائن المُجَابَه بخطأ جسيم تعرض له من قبل مدينه المهندس أو المقاول أن يصل بحدود هذه المسؤولية إلىخمسة عشر عاماً بدلا من عشرة أعوام فقط في حال وقع الضرر بعد انقضاء مدة العشر أعوام وكان مرده إلى وجود خطأ جسيم في التنفيذ [٣]، سندا بذلك لنص المادة (٢٧٢) من القانون المدني والتي تنص على ما يلي:

---

(١) مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص٦٦-٦٨.

(٢) تنص المادة (١/٧٨٨) من القانون المدني الأردني على: 'إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت. وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول".

(٣) وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بما مضمونه: "اذا كون الإخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية، أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم، تقوم المسؤولية التقصيرية استثناءً على المبدأ إلى جانب المسؤولية العقدية، ليستطيع الدائن، اذا رأى مصلحه له، أن يلجأ إليها دون قواعد هذه الأخيرة. ويقصد بهذا الاستثناء، تشديد مسؤولية المدين الذي يرتكب في الإخلال بالتزامه جريمة جنائية، أو يأتي غشا أو خطأ جسيما، ليسأل عن تعويض الضرر غير المتوقع، ولا يستطيع التمسك بتقادم قصير يتقرر لدعوى المسؤولية العقدية. فالمهندس المعماري أو المقاول الذي يرتكب غشا في تنفيذ المقاولة، لا يستطيع التمسك بانقضاء ضمانه بمضي عشر سنوات، التي تقررت لتقادمه، ويظل مسؤولا عن تعويض المالك، طبقا لقواعد المسسؤولية التقصيرية لمدة ثلاثين سنة في القانون الفرنسي. اما اذا كانت مصلحته في الركون إلى المسؤولية العقدية ظلت دعواها قائمة له بداهة. ولا يتصور أحد حرمانه منها". مقتبس من: زكي، مرجع سابق، ص٥٤٩.

١- لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه.
٢- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى الضمان لا يمتنع سماعها إلا بامتناع سماع الدعوى الجزائية.
٣- ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار.

وتذهب محكمة النقض المصرية مذهبا جدياً في تطبيق هذا المبدأ على اعتباره إحدى مقومات الإنتقال إلى المسؤولية التقصيرية فتقول:

"إذا كان الحكم المطعون فيه –وقد انتهى إلى أنالطاعن قد ارتكب غشاً بعدم تسليم كمية الكتب التي أنتشلت من المياه واحتجازه لها بغير مقتضى –على نحو ما سلف بيانه- فإن مسؤولية الطاعن في هذه الحالة كناقل –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليست مسؤولية عقدية بل مسؤولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به، ومن ثم تخضع في تقادمها للمادة (١٧٢) من القانون المدني الذي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدود الضرر وبالشخص المسؤول عنه" [١].

وما قضت به أيضا ذات المحكمة في تقادم دعوى مسؤولية أمين النقل حال توافر شرط ناقل للمسؤولية العقدية كحدوث خطأ جسيم أو غش، وفي ذلك تذهب المحكمة في حكمها قائلة:

"إن مفاد نص المادة (١٠٤) من القانون التجاري خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها، أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو جناية فإن الدعوى تستند في هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسؤولية التقصيرية، وتتقادم وفقاً للقواعد الواردة بشأن هذه المسؤولية ..." [٢].

---

[١] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٠ في الطعن رقم ١٣٤٠ سنة ٥٦ ق. مشار إليه في: الطباخ، مرجع سابق، ص٥٨١.

[٢] مشار إليه في: حسين، مرجع سابق، ص٧٦.

وتمارس محكمة النقض الفرنسية عقيدة مماثلة لتلك التي تذهب إليها نتيجة انتقال المسؤولية في فرعها هذا (التقادم) لتقول في إحدى أحكامها:

"إن من سلطة قضاة الموضوع تقرير حرمان المقاول من إمكانية التمسك بإنقضاء مهلة الضمان العشري، وذلك بسبب الأخطاء التدليسية التي أرتكبها لتضليل رب العمل" [١].

وخلاصة ما تم بيانه، هو رجوح تطبيق قواعد التقادم المنصوص عليها في المسؤولية التقصيرية إذا ما أراد الدائن إعمال خياره في تطبيق نظرية انتقال المسؤولية –وبغض النظر عن سبب إعمالها-؛ حيث تكون قواعد المسؤولية التقصيرية في هذا الشأن هي واجبة التطبيق على الدعوى التي يقيمها الدائن للمطالبة بالتعويض عن أي أضرار قد اصابته أو غيرت سلبا في مركزه القانوني جراء أحد بواعث انتقال المسؤولية وعلى رأسها الخطأ الجسيم. وأن هذا الانتقال يفرض من ثم تطبيق هذا الجانب من جوانب المسؤولية التقصيرية (التقادم) بحسنه وسيئه، ووفق الحالة التي عليها واقع العقد في حينها.

* * * * *

---

[١] مشار إليه في: المرجع نفسه، ص٧٤.

المطلب السادس:

من حيث الزامية توجيه الانذار

يضع المشرع الأردني من إعذار المدين لأجل المطالبة بأي تعويضات (الضمان) شرطا لازما للقيام بهذه المطالبة؛ حيث يقضي المشرع بإعذار المدين ما لم يكن هذا الأمر غير لازما بموجب أحكام القانون أو الإتفاق بين الطرفين، وبذلك تنص المادة (٣٦١) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد".

وتؤكد محكمة التمييز الأردنية على هذا النهج القانوني في عدد كبير من قراراتها، وأقتبس من تلك القرارت قراراً يضع مفهوم التعويض الواجب -للمطالبه به- أن يسبقه إنذار يوجه إلى المدين، وفي ذلك تميز المحكمة هذا النوع الذي ينبغي توجيه الإنذار به عما سواه من أفكار متشابهة، وفي ذلك تقول المحكمة الموقرة:

"توجب المادة (٣٦١) من القانون المدني الإنذار للمطالبة بالضمان وهو غير لازم للمطالبة بالأجر المسمى إذ يستحق بالأجل المين في عقدِ الإيجار ولا يتوقف الإدعاء به على إنذار إذ أنه ليس بضمان" [١].

وبذات السياق، وبذات غرض التفرقة، فقد قضت المحكمة الموقرة بما يلي:

"دعوى المطالبة بدين لا تستلزم إعذار المدين قبل إقامة الدعوى ولا ينطبق حكم المادة (٣٦١) من القانون المدني الباحثة في إعذار المدين عند مطالبته بالضمان لتخلفه عن القيام بالتزامه" [٢].

---

[١] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٨٨/٧٠٦ (هيئة عامة) تاريخ ١٩٨٨/١٠/١١ – منشورات شبكة قانوني الأردن.

[٢] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) ٥٨٤/١٩٩٥ فصل بتاريخ ٣٠/٠٤/١٩٩٥ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٢٨٢٢) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٦)

وتمضي محكمة النقض الفرنسية في خط موازٍ لما نحن بصدد الحديث عنه؛ حيث قضت بانه: "لا حاجة للإعذار في فسخ عقد البيع إذا كان الغش هو مصدر حرمان المشتري من تنفيذ التزاماته: [١].

وإن هذا الالتزام المتقدم يمثل التزاماً عاماً يقع القيام به على عاتق أي دائن يبتغي المطالبة بأي تعويضات من مدينه في أي أمر يحق للدائن المطالبة بالتعويض به دون أن يخص هذا الحكم التعويضات المترتبه على العقد فقط. لكن هل ينطبق هذا الأمر في حالة انتقال المسؤولية المترتبة على ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية؟ هل يبقى التزام الدائن قائما حين نيته مطالبة المدين بإشعاره أو إعذاره قبل قيامه برفع الدعوى؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب منا ابتداءً تفحص عجز المادة (٣٦١) من القانون المدني والتي رتبت حكما يقضي بإعفاء الدائن من إشعار مدينه في حال نص القانون أو الإتفاق على إعفاء الأطراف أو أي طرف من مثل هذا الالتزام، وفي ذلك تنص المادة (٣٦١):

" لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد".

وإن العقد بما تضمنه من شروط اتفق عليها المتعاقدان ابتداءً حين تعاقدهما هو الأجدر بالتطبيق لوقوعه سابقا على قيام أي خرق لها، وهو يسري بحالته تلك إلى الوقت الذي تنتقل به المسؤولية. ولا خلاف في هذه المسألة إن كان العقد يقضي بعدم الحاجة لتبادل الإخطارات. إلا أن الإشكالية أو نقطة الجدل تحدث حينما ينص العقد على وجوب الإشعار أو الإنذار قبل القيام بأي خطوة قضائية غايتها التعويض.

فما هي الحالة هنا؟ وما هو الحكم في هذا الوصف؟ هل يبقى الدائن ملزماً بما تضمنه عقده إعمالا بذلك لشرط الإعذار المنصوص عليه في المادة (٣٦١) من القانون المدني؟

---

(١) عامر، مرجع سابق، ص٣١٥.

إجابة على هذا التساؤل، أشير إلى أنني قد سبق وعرضت الى ما تنتهي إليه المسؤولية العقدية حين ارتباطها بالخطأ الجسيم، وما يتضمنه ذلك من صيرورة هذه المسؤولية من لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بها مسؤولية تقصيرية يتم العمل ورفع الدعوى على أساسها فيما تلى ارتباط الخطأ الجسيم بالعقد.

وإن هذا يعطينا صلاحية وميزة الإستفادة من الإستثناءات القانونية التي اختطها القانون المدني لفكرة الإعذار في مجال المطالبة بالتعويض، ويظهر ذلك من خلال نص المادة (٣٦٢) من القانون المدني والتي نصت على:

" لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

١. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين.
٢. إذا كان محل الالتزامتعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
٣. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
٤. إذا صرح المدين كتابةً أنه لا يريد القيام بالتزامه".

وبـذلك نجـد أن المشـرع فـي نـص المـادة (٢/٣٦٢) مـن القـانون المـدني قـد وضـع نطـاق المسـؤولية التقصـيرية –بوصـفها عمـلا غيـر مشـروع مخـالف للقـانون- خـارج نطـاق العموميـة الواردة في متن المادة (٣٦١) والتي توجب توجيه الإنذار قبل الشروع في المطالبة بالتعويض أو التعويضات [١].

وفي هذا الصدد تذهب محكمة التمييز الموقرة مؤكدة لهذا النهج من خلال أحكامها المختلفة في هذا الشأن، حيث قضت في إحدى أحكامها بما يلي:

"حددت المادة (٣٦٢) من القانون المدني الحالات التي لا يتوجب فيها من الدائن توجيه إنذار إلى المدين ومنها إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع، وعليه فإن دعوى المطالبة ببدل العطل والضرر الناتج عن وقف بناء المدعي طيلة مدة الدعوى التي أقامها ضده المدعى عليهم وأنتهت برد دعواهم هي دعوى ضمان عن فعل ضار لا يتوجب فيها توجيه إنذار عدلي للمدعى عليهم قبل إقامة الدعوى" [٢].

---

(1) ذلك على الرغم من أن محكمة التمييز الأردنية وفي حكم غريب وحيد لها –بحسب اطلاعي- كانت قد قضت بالزامية توجيه الانذار العدلي للمطالبة بالتعويضات الناشئة عن الفعل الضار، وفي ذلك خروج بين عن نصوص المادة (٣٦٢) من القانون المدني الأردني.
وفيما يلي أرفق نص القرار الغريب:

- قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٩/٣٢٣ (هيئة عامة) تاريخ ١٩٩٩/٩/٣٠ – منشورات شبكة قانوني الأردن

"يستفاد من المادة (٣٦١) من القانون المدني، نجد أنّها تنصّ على أنّ الضمان لا يستحق، إلاّ بعد قيام الدائن به بإعذار المدين، ما لم ينصّ القانون أو العقد على خلاف ذلك. وعليه فإنّ لصحة دعوى المطالبة بالضمان عن الفعل الضار، فإنّه يلزم أن يسبقها إعذار من المدعي للمدعى عليه. على أنّ ذلك ليس من النظام العام، بحيث يمكن للمحكمة إثارة الدفع به من تلقاء نفسها، أو أنّه يمكن لذي المصلحة إثارته بعد الدخول في أساس الدعوى، وذلك لأنّ توجيه الإعذار قد وضع لمصلحة المدين، له حق التمسك به، أو التنازل عنه، ولا يمكن بناء على ذلك إلزامه بالتمسك به .. ويؤكد ذلك ما جاء في عجز المادة (٣٦١) المشار إليها، من أنّ الضمان يستحق دون إعذار، فيما إذا ورد نصّ على ذلك في القانون، أو في العقد، أي أنّ للمتعاقدين التنازل سلفاً عن الحق في توجيه الإعذار، وعليه وما دام أنّ ذلك جائز سلفاً، فهو جائز كذلك لاحقاً عند إقامة الدعوى. وعليه وحيث توصلت محكمتنا بهيئتها العادية في قرارها السابق إلى خلافِ ذلك، فإنّه يتوجب الرجوع عمّا انتهت إليه بهذا الشأن".

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية الموقرة (حقوق) ٢١٢٩/١٩٩٨ فصل بتاريخ ٣١/٠٣/١٩٩٩ (هيئة عادية)، منشور على الصفحة (٣٦١٨) من العدد (١٠) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٩).

وكنتيجة لما سبق، فيمكن لنا اطلاق تعميم قوامه أن أي مسؤولية عقدية ارتبطت بخطأ جسيم، وآثر الدائن بها الاستفادة من فكرة انتقال المسؤولية التي يوجبهاهذا الإرتباط. يكون غير ملزمٍ بتوجيهإنذارٍ أوإشعارٍ لمدينه حين قيامه برفع دعوى قضائية ضده مطالبا إياه بالتعويض.

وأشير أخيرا في هذا الصدد وعلى الرغم مما تقدم، إلىأنني أنطلق محبذاً توجيه الإشعار قبل رفع الدعوى على أي حال حتى لو أراد الدائن الإستفادة من فكرة انتقال المسؤولية العقدية التي يوجبها ارتباط هذه المسؤولية بالخطأ الجسيم. معللا ذلك بأن اقتناع الدائن بارتكاب مدينه لخطأ جسيم في ظل علاقتهما العقدية لا يشكل حكماً اقتناع المحكمة بتلك النتيجة التي انتهى إليها الدائن ابتداءً. وتغدوا حينها الدعوى مهددة بجذرها إذا لم يستطع الدائن إثبات وقوع الخطأ الجسيم، معرضاً بذلك دعواه إلى الرد لكونها سابقة لأوانها إذا دفع المدين بهذا الدفع [١].

* * * * *

---

[١] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٩٩/٣٢٣ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٩/٩/٣٠ – منشورات شبكة قانوني الأردن:

"لا يستحق الضمان الا بعد قيام الدائن باعذار المدين وفقا للمادة (٣٦١) من القانون المدني ما لم ينص القانون أو العقد على خلاف ذلك على ان ذلك ليس من النظام العام ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يمكن لذي المصلحة اثارته بعد الدخول في اساس الدعوى لان توجيه الاعذار قد وضع لمصلحة المدين وله حق التمسك به أو التنازل عنه ومثل هذا الاعذار هو مثل أي تبليغ مما ورد في قانون اصول المحاكمات المدنية وليس له صفة التعلق بالنظام العام ويؤكد ذلك ما جاء في عجز المادة (٣٦١ (المذكورة ان الضمان يستحق دون اعذار فيما اذا ورد النص على ذلك في القانون أو في العقد أي ان للمتعاقدين التنازل سلفا عن الحق في توجيه الاعذار وما دام من الجائز سلفا التنازل عنه فهو جائز لاحقا عند اقامة الدعوى وحيث توصلت محكمة التمييز بهيئتها العادية في قرارها السابق إلى خلاف ذلك فانه يتوجب الرجوع عما انتهت إليه بهذا الخصوص ولذلك لا يصح القول ان قرار النقض السابق من هذه الناحية قد اكتسب الدرجة القطعية لان ذلك ليس من الامور الواقعية وانما نقطة قانونية تتعلق بصحة تفسير مادة قانونية يتوجب على المحاكم ان تتوخى الدقة في التفسير وفي التوصل إلى نتائج سليمة حولها".

الخاتمة:

ناقشت في إطار هذه الدراسة البحثية مفهوم الخطأ الجسيم مبيناً أبرز عناصره وقوام بنيانه، وأشرت في هذا الصدد إلى أن المشرع والقضاء الأردني لم يتطرقا إلى أي تعريفٍ خاص به، ذلك على الرغم من إيراد القضاء لبعض الحالات التي ساعدت في التوصل إلى مفهوم ضمني يرمي إليه المشرع.

وفيما تلا ذلك تابعت هذه الدراسة الحديث في تاريخ الخطأ الجسيم عبر العصور القانونية انتهاءً الى القانون المدني الأردني وكيف أخذ القانون المدني الأردني بالخطأ الجسيم كخطأ مجمل دون أن يصنفه من ضمن نظرية تدرج الخطأ، وفي مرحلة لاحقة نقلت هذه الدراسة الحديث نحو المعيار المتبع في تحديد الخطأ الجسيم ومتى يتوافر هذا الخطأ، وبين المعايير المختلفة (المعيار الشخصي، الموضوعي، المختلط)، وجدت هذه الدراسة أن المشرع الأردني يأخذ بالمعيار الموضوعي، ذلك مع اعتقادي أن المعيار المختلط يمتاز بمزيد من العوامل التي ترجح كفة الميزان نحوه.

ومن ثم انتقلت لأبين الأثر المترتب على ارتباط الخطأ الجسيم بالمسؤولية العقدية، وخلصت بنتيجة مفادها أن أثر هذا الارتباط يقود نحو انتقال هذه المسؤولية بوصفها العقدي إلى مسؤولية أخرى جديدة هي المسؤولية التقصيرية وذلك منذ لحظة ارتباط الخطأ الجسيم بها. وما يترتب على هذا الإنتقال من آثار متعلقة بحجم التعويض ومدى الإعفاء من المسؤولية على نحو ما بينت.

- **النتائج:**

١) إن الخطأ الجسيم يتفق مع اللفظ الفقهي الاسلامي المتمثل بالخطء، وهو دلالة على عمدية الخطأ الجسيم كقرينة أولية.

٢) لم تعرف محكمة التمييز الأردنية معنى الخطأ الجسيم إنما أشارت إليه إشارات دالة على وجوده.

٣) يمكن تعريف الخطأ الجسيم على أنه: كل فعل أو امتناع ينتج انحرافا عن الحدود الدنيا المقبولة في الالتزام متى كان ذلك ناتجا عن قله احتراز أو اهمال مقرونين بالارادة.

٤) ظهر الخطأ الجسيم على مر العصور القانونية الحديثة والقديمة ومر بمراحل ازدهار ومراحل افتقار، إلا انه بالنتيجة ظل ذو وهج مؤثر وفاعل في الحياة التقنينية حين الحديث عن المسؤولية المدنية.

٥) يعترف المشرع الأردني بوجود الخطأ الجسيم رغم عدم بيانه أو أخذه لنظرية تدرج الخطأ وهو بذلك يسير وفق ما تسير النظم التشريعية الحديثة حول العالم من انكار نظرية تدرج الخطأ مع اعمال بعض أركانها.

٦) ينتهج المشرع والقضاء الأردني بشكل ضمني المعيار الموضوعي أساسا يتبعه في طريقة تحديده لوجود الخطأ الجسيم من عدمه.

٧) إن الخطأ الجسيم في إطار تنفيذ العقد ينقل إراده الطرفين وما أشترعاه لنفسيهما إلى حدود سلطة الردع وحماية الحق. خروجا بذلك عن إطار المسؤولية العقدية لصالح المسؤولية العامة للخطأ ممثلةً بالمسؤولية التقصيرية.

٨) إن المسؤولية العقدية تنتقل إلى مسؤولية تقصيرية من لحظة إرتكاب الخطأ الجسيم لا من لحظة إبرام العقد.

٩) إن المسؤولية العقدية حينما تنتقل إلى مسؤولية تقصيرية، تنتقل بوصفها الأول دون الحاجة إلى إعادة اثبات هذالوصف ثانيةً في إطار المسؤولية التقصيرية، حيث يكتفى حينها باثبات وجود الخطأ الجسيم دون الحاجة لإثبات أركان المسؤولية التقصيرية نفسها.

١٠) إن نقل المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية، يعني إمكانية استفاده الدائن من جميع مزايا هذه المسؤولية؛ وبما في ذلك فكرة امتداد التعويض وفكرة التضامن بين المدينين ...الخ.

- **التوصيات:**

١) اقترح توجيه المشرع نحو الأخذ بالمعيار المختلط وفق المفهوم الذي تم الإشارة إليه في الدراسة أعلاه وما يتضمنه من إعتماد المعيار المختلط لتحديد كون الخطأ جسيما أم لا وفق المنهج المتوسع لهذا المعيار لا المفهوم الضيق له. وذلك انطلاقا من المميزات الكبيرة التي يطويها هذا المبدأ في ثناياه؛ حيث المرونة المطلقة والخيرة القضائية في إنتقاء معيار منفرد أو مزودج حسب طبيعة كل قضيه. وهو بذلك أقرب إلى العدالة واحقاق الغاية من الخطأ الجسيم.

٢) أقترح إجراء تعديل على نص المادة المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني الأردني لتناسب هذا الحال ولتصبح كما يلي:

المادة (٢/٣٥٨):

"وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم، إلا إذا وقع ذلك الغش أو الخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه فيضاف حكم الغش أو الجسامة إلى التابع لا الأصل ويبقى الأصل مسؤولاً في حدود مسؤوليته الطبيعية".

٣) أقترح إجراء تعديل على نص المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني لتعالج موضوع الخطأ الجسيم وفكرة انتقال المسؤولية، وبحيث يصبح النص النهائي لهذه المادة كما يلي:

المادة (٣٦٣):

أ)

١. إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه.

٢. واذا لم يتسنَ للمحكمة تقدير الضرر الواقع فعلا حين وقوعه فيتم تقديره بما كان معقولا للمتعاقدين ان يتوقعاه حين ابرام العقد.

ب)

١. على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، يسأل المدين عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في كل حالة ثبت بها انه نفذ العقد أو اخل به عن قصد أو غش أو خطأ جسيم.

٢. ويكون للدائن في هذه الحالة الاستفادة من جميع ما تنطويه المسؤولية عن الفعل الضار من أحكام، على أن استخدامه لأي من هذه الأحكام يعني إعماله لبقية أحكام المسؤولية عن الفعل الضار فقط دون أحكام العقد أو المسؤولية المترتبة عنه.

٤) أقترح إجراء تعديل على نص المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني، من خلال القيام باعادة ترقيم المادة واعتبار نصها الحالي ممثلا للفقرة الأولى، ومن ثم إضافة فقرة ثانية الى هذه المادة يكون نصها كما يلي:

المادة (٢/٣٦٣):

"ويكون التضامن بين المدينين مفترضا إذا كان مرده وحدة الخطأ أو إنتقال المسؤولية من صورة إلى أخرى".

قائمة المراجع والمصادر:

◄ **أولا: القرآن الكريم.**

◄ **ثانيا: المصادر:**

١. معجم لسان العرب.

٢. معجم مختار الصحاح.

◄ **ثالثا: الكتب:**

١. جمعة، عبدالمعين (بدون سنة نشر)، **موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، القاهرة: عالم الكتب.

٢. حبيب، ثروت (١٩٧٢)، **المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي**، بنغازي: منشورات الجامعة الليبية.

٣. الحسناوي، حسن (١٩٩٩)، **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية –دراسة مقارنة-**، بدون مكان نشر: بدون ناشر.

٤. حسين، محمد (٢٠٠٤)، **المسؤولية التقصيرية للمتعاقد – دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية-**، القاهرة: المؤلف نفسه.

٥. الخوالدة، أحمد (٢٠١١)، **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية – دراسة مقارنة**، عمان: دار الثقافة.

٦. الديناصوري، عز الدين والشواربي، عبدالحميد (١٩٨٨)، **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**، القاهرة : مطبعة مصر.

٧. دسوقي، محمد (١٩٨٢)، **تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**، الإسكندرية : مطابع رمسيس.

٨. زكي، محمود (١٩٧٨)، **مشكلات المسؤولية المدنية**، ج١، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة.

٩. السرحان، عدنان و خاطر، نوري (٢٠٠٩)، **شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"**، عمان: دار الثقافة.

١٠. سلطان، أنور (١٩٩٦)، **الموجز في مصادر الالتزام**، الاسكندرية: منشأة المعارف.

١١. سوار، محمد (٢٠٠١)، **شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)**، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دمشق: منشورات جامعة دمشق.

١٢. شبكة قانوني الأردن (٢٠١٢)، **نصوص وأحكام مجلة الأحكام العدلية المتفقة مع القانون المدني الأردني أو التي تشكل حكما جديدا به**، عمان: شبكة قانوني الأردن.

١٣. شعلة، سعيد (بدون تاريخ نشر)، **قضاء النقض المدني في التعويض – مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية والشيئية خلال سبعة وستين عاما"**، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

١٤. الطباخ، شريف (٢٠٠٧)، **التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية – في ضوء القضاء والفقه**، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

١٥. طلبة، أنور (٢٠٠٦)، **المطول في شرح القانون المدني**، ج٤، القاهرة: المكتب الجامعي الحديث.

١٦. عبدالرحمن، أحمد (٢٠٠٣)، **المسؤولية العقدية للمدين المحترف**، القاهرة: المؤلف نفسه.

١٧. عبدالرحمن، حمدي (١٩٩٩)، **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**، الكتاب الأول، القاهرة: دار النهضة العربية.

١٨. عبدالرزاق (٢٠٠٠)، **شرح القانون المدني،الجزء الأول**، الطبعة الثالثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

١٩. العوجي، مصطفى (٢٠٠٤)، **القانون المدني – المسؤولية المدنية**، ج٢، ط٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

٢٠. فوده، عبدالرحيم (١٩٩٨)، **التعويض المدني – المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية-**، الاسكندرية: المؤلف نفسه.

٢١. كساب، مروان (٢٠٠٠)، **الخطأ العقدي وآثار العقد**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

٢٢. مرقس، سليمان (١٩٧١)، **المسؤولية المدنية في تقتينات البلاد العربية**، ج١، ط٢، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية.

٢٣. مرقس، سليمان (١٩٩٢)، **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسئولية المدنية - الأحكام العامة**، ط٥، القاهرة: بدون ناشر.

٢٤. المنجي، محمد (٢٠٠٣)، **دعوى التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية والشيئية –مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض-**، الاسكندرية: مساق المعارف.

٢٥. النعمة، يوسف (١٩٩١)، **دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور - دراسة مقارنة**، القاهرة: دار التأليف.

٢٦. الوهيبي، محمد (بدون سنة نشر)، **نواقض الايمان الاعتقادية وضوابط التكفير عند السلف - نسخة الكترونية -**، القاهرة: بدون ناشر.

◄ **رابعاً: الرسائل الجامعية:**

١. ابوهيف، علي (١٩٣٢)، **الدية في الشريعة الاسلامية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

٢. الحامدي، براق (٢٠٠٤)، **اتفاقات تعديل مسؤولية متعهد نقل البضائع بالحاويات**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة بغداد، العراق، بغداد.

٣. الزبيدي، محمد (٢٠٠٣)، **الخطأ غير المغتفر في القانون الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

٤. زهية، سريم (٢٠١١)، **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر.

٥. عامر، حسين (١٩٤٩)، **القوة الملزمة للعقد**، القاهرة: مطبعة مصر.

٦. العبيدي، علي (١٩٩٠)، **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة**، رسالة ماجستيرغير منشورة، جامعة بغداد، العراق، بغداد.

٧. العدوي، جلال (١٩٩٥)، **الموجز في مصادر الالتزام**، الاسكندرية: دار المعارف.

٨. قبها، باسل (٢٠٠٩)، **التعويض عن الضرر الأدبي "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين.

٩. مهنا، وليد (٢٠٠٦)، **فكرة الخطأ الجسيم واثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة مؤتة، الكرك، الاردن.

١٠. نصرة، أحمد (٢٠٠٦)، **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

◄ **خامسا: الأبحاث المنشورة والدوريات:**

١. خاطر، نوري (٢٠٠١)، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، **مجلة المنارة**، المجلد (٧)، العدد (٢).

◄ **سادسا: المؤتمرات والندورات:**

١. الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، هندة قاسم، **ندوة بعنوان :أثر المسؤولية على المتضررين من حوادث الطرقات**، تونس - تونس، ٢٠١٠. (منشور من خلال الانترنت).

◄ **سابعا: مقالات ودراسات منشورة على الانترنت:**

١. الدرر السنية (٢٠٠٩)، الموسوعة العقدية – ٢٠٠٩. تاريخ المشاهدة ٢٠١٣/٧/٢٦، من خلال: http://**www.dorar.net**.

٢. ملحم، محمد (كانون الأول،٢٠١١)، التطور التاريخي للقانون المدني الأردني، مركز دراسات جريدة الرأي الاردنية، تاريخ المشاهدة ٢٠١٣/١٠/٥: http://**www.alrai.com/article/6286.html**.

◄ **ثامناً: التشريعات والقوانيين:**

١. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٢. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

٣. القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٥. مجلة الأحكام العدلية لعام ١٨٧٦، منشورات نقابة المحامين الأردنين.

◄ **تاسعاً: مصادر الاجتهادات القضائية الأردنية (أحكام محكمة التمييز الأردنية):**

١. مجلة نقابة المحاميين الأردنيين.

٢. منشورات برنامج السعيد القانوني.

٣. منشورات برنامج القسطاس القانوني.

٤. منشورات شبكة قانوني الأردن.

٥. منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

◄ عاشراً: مصادر أخرى:

١. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦.

٢. المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، نسخة الكترونية.

References

Books:

1. Black,Henry (1910), **A LAW DICTIONARY**, (2nd ed.). Washington: West Publishing co.

Research papers published

1. Ben-Shahar,O and Porat,A. (2009), Foreword: Fault in American conrtract law, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol. 107:1341.
2. Eisenberg, Melvin (2009), Ter Role of fault in contract: unconscionability, unexpected circumstances, interpretation, mistake and nonperformance, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol. 107:1413.
3. Kreitner, Roy (2009), Fault at the contract-tout, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol.107:1533.
2. Posner, Eric (2009), Fault in contract law, **Journal of The Michigan Law Review**, Vol.107:1431.
4. Ter European commission (April 2004), **COMPARATIVE ANALYSIS OF NATIONAL LIABILITY SYSTEMS FOR REMEDYING DAMAGE CAUSED BY DEFECTIVE CONSUMER SERVICES**, Project Manager: Prof. Dr. Hans-W. Micklitz.

Article in an internet-only newsletter:

1. Chanda,S and Tiwari,R. (July 2011), The Concept of No-Fault Liability in Contracts for the Sale of Goods, Social Science Research Network. Retrieved March,21,2013, from**:**

   http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898289.

2. Riesenhuber, Karl (November,2009), Damages for Non-Performance and the Fault Principle, Social Science Research Network. Retrieved March,25,2013, from:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501193.

3. Rowan, Solene (April,2011), Fault and Breach of Contract in France and England: Some Comparisons, Social Science Research Network. Retrieved July,5,2013, from:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837505.

Legislation and Laws:

1. The Civil Law of Federal Republic of Germany (version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette p. 42, 2909; 2003 I p. 738)) Translated to English by the Langens cheidt Translation Service. - (Electronic Version: **http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=KrjHyaFOKmw %3D&tabid =505**).
2. The Civil Law of Republic of France (Ord.no 2004-164 of 20 Feb,2004), Translated to English by Professor Georges Rouhette (Electronic Version).

GROSS FAULT AND Its' IMPACT ON CONTRACTUAL LIABILITY

-UNDER PROVISIONS OF THE JORDANOAN CIVIL LAW-

By
Essa M. Amawi

Supervisor
Dr. Ahmed A. Al- Oweidi

ABSTRACT

This thesis addresses a legal situation that affects contractual relationships, which are basically valid contractual relationships, in a very specific situations where this relationship is being marred by Unfamiliar Element during contract execution, furthermore, this Unfamiliar Element's context is about executing the contract in a way that erroneously executes it in a way that is not imagined by the ordinary man; so this study addresses this situation where there is an infringement while executing the contrac, this infringement is considered to be an intrinsic infringement that rises above the commonly known infringement, Therefore, an unexpected level of fault of infringement is established under what is called Gross Fault.

This thesis discusses the influent of this gross infringement when it's connected to the contractual relationship between the parties of this relationship, the impact of this gross infringement to the relationship between them, and what legal system it leads the relationship to be governed under, in terms of the conversion to another kind of responsibility, according to doctrinal theories that this thesis has discussed.

This thesis has focused on the concept of gross fault, clarifying its situation in Jordanian Civil Law and the comparative laws, and how the doctrine has interacted towards this theory.

In the next level of this thesis, the thesis has addresses on clarifying how a act fault can be judged to be a gross fault or no, and then the thesis clarifies the legal situation that the contractual relationship turns to when a fault gross has been committed.

The thesis has reached to the conclusion that the contractual responsibility converts into tort, in the time of when the gross fault has been attached to it, if the creditor wanted to use this option, what benefits the creditor, through the widening of the range of the compensation to include the direct expected damages and indirect unexpected damages, whereas ,in contractual responsibility compensation includes the direct expected damages only according to the Jordanian civil law, then the thesis moves to clarifying the this conversion's negative and positive effects.